Das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht. Dargestellt am Beispiel der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Detlev Adam
aus Nürnberg

1986 M 321

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht. Dargestellt am Beispiel der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von
Detlev Adam
aus Nürnberg

Referent: Professor Dr. jur. Helm
Dekan: Professor Dr. jur. Lecheler
Tag der mündlichen Doktorprüfung: 25. Juni 1986

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XII
Literaturverzeichnis	XXI
Entscheidungsverzeichnis	XCI
Einleitung: Gegenstand, Anlaß und Ziel der Untersuchung	1
1. Kapitel: Aufgabenstellung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes	1
2. Kapitel: Anlaß und Ziel der Untersuchung	6
3. Kapitel: Methode des Vorgehens	12
1. Teil: Überblick über den bisherigen Meinungsstand zur privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter	14
1. Kapitel: Gemeinsamer Inhalt der bisherigen Untersuchungen	15
2. Kapitel: Die ältere Lehre	17
3. Kapitel: Die neuere Lehre	29
§ 1: Vorbemerkung	29
§ 2: Schuldrechtliche Ansätze	35
I. Strenge Trennungstheorie	35
II. Eingeschränkte Trennungstheorie	37
III. Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung	44
IV. Berücksichtigung der Arbeitskampfsituation über die Geschäftsgrundlagenlehre	46
§ 3: Arbeitsrechtliche Ansätze	48

4. Kapitel: Ergebnisse und Folgerungen 54

2. Teil: Die Begründetheit privatrechtlicher Ansprüche bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter 60

1. Kapitel: Potentielle Anspruchssteller - Anspruchsgegner-Konstellationen 60

2. Kapitel: Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter bei Bestehen schuldvertraglicher Beziehungen 62

§ 1: Die möglichen Inhalte des Phänomens "Kampfbetroffenheit" 62

§ 2: Anspruchsarten 63

I. Vertragliche Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Dritter 64

1. Primärleistungsansprüche 65

2. Sekundärleistungsansprüche 66

II. Deliktische Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Dritter 76

1. § 826 BGB 76

2. § 823 Abs. 2 BGB 77

3. § 823 Abs. 1 BGB 78

4. § 831 BGB 89

3. Kapitel: Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter bei Fehlen schuldvertraglicher Beziehungen 94

§ 1: Ansprüche aus eigenem Recht 95

I. Deliktische Ansprüche 95

II. Vertragliche Ansprüche 95

§ 2: Ansprüche aus übergegangenem Recht 107

I. Drittschadensliquidation 108

II. § 281 BGB 111

3. Teil: Das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 118

1. Kapitel: Arbeitsrechtliche versus schuldrechtliche Ansätze 120

2. Kapitel: Die Tragfähigkeit der Vorrangtheorie zur Lösung der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter 126

§ 1: Die Verwertbarkeit bisheriger Stellungnahmen zur unmittelbaren Begründung eines (teilweisen) Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht 130

I. Die Übertragbarkeit der Einheitstheorie auf das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 131

1. Einfluß des Arbeitskampfes auf die Pflichten des Arbeitsvertrages 131

a) Individualrechtliche Arbeitskampftheorie 132

b) Kollektivrechtliche Arbeitskampftheorie 134

aa) Arbeitsvertragliche Begründungsversuche 136

bb) Arbeitskampfrechtliche Begründungsversuche 137

cc) Die Einheitstheorie des BAG 140

2. Anwendbarkeit der Einheitstheorie im Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 141

a) Resonanz zum Ergebnis der Einheitstheorie 142

b) Bewertung der dogmatischen Grundlagen der Einheitstheorie 143

aa) Kritik an der These der Qualifikation von Arbeitskampfmaßnahmen als kollektive Handlungen 143

bb) Kritik an der These der notwendigen einheitlichen Bewertung von kollektiven und individuellen Handlungen 145

cc) Kritik an der These vom Vorrang der kollektivrechtlichen Bewertung 146

c) Verbleibende Bedeutung der Einheitstheorie für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 148

II. Die Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre zur Lösung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 151

1. Grundlagen der Lehre von der Sozialadäquanz 153

a) Herkunft und Begriffsinhalt 153

b) Anwendung der Sozialadäquanzlehre im Privatrecht 156

c) Rechtsnatur der Sozialadäquanzlehre 159

d) Unrechtsverständnis der Sozialadäquanzlehre 160

2. Übertragbarkeit der Sozialadäquanzlehre zur Lösung der Kollision zwischen Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 163

a) Sozialadäquanz als unbestimmter Rechtsbegriff 163

b) Überflüssigkeit der Sozialadäquanzlehre 165

c) Ablehnung der Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre im Privatrecht 168

d) Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre innerhalb vertraglicher Beziehungen 173

III. Die Tragfähigkeit des Ansatzes vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand zur Begründung des Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht 176

1. Die These vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand 176

2. Enteignung und Arbeitskampf - Gemeinsamkeiten und Unterschiede 178

a) Enteignung 178

b) Arbeitskampf 182

c) Vergleichbarkeit von Enteignung und Arbeitskampf 182

§ 2: Die Bedeutung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht und Betriebsverfassungsrecht für die Vorrangtheorie 196

I. Überblick über den Meinungsstand zur Stellung des Betriebsrats im Arbeitskampf 198

II. Konsequenzen für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 204

§ 3: Arbeitskampfrecht und Schuldrecht in der Rangordnung der Rechtsquellen 210

I. Stellung des Arbeitskampfrechts in der Rechtsordnung 210

1. Normative Grundlagen des Arbeitskampfrechts 211

a) Völkerrechtliche Verträge 211

b) Bundesrechtliche Rechtsnormen 223

aa) Verfassungsrecht 223

bb) Einfaches Bundesrecht 227

c) Landesrechtliche Rechtsnormen 229

d) Richterrecht 231

aa) Begriffsklärung "Richterrecht" 233

bb) Richterrecht als Rechtsquelle 234

cc) Stellung des Richterrechts in der Hierarchie der Rechtsquellen 239

2. Arbeitskampfrecht und GG 241

a) Terminologische Grundlagen 241

b) Rechtsgrundlagen für eine Verankerung des Arbeitskampfes im GG 251

c) Auslegung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG durch Rechtsprechung und Schrifttum 256

aa) Koalitionsbegriff 257

bb) Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit 260

aaa) Individuelle Koalitionsfreiheit 263

bbb) Kollektive Koalitionsfreiheit 265

d) Tarifautonomie und Arbeitskampf 272

aa) Arbeitskampf als notwendiger Bestandteil der Tarifautonomie 272

bb) Arbeitskampf und Tariffähigkeit 281

e) Rechtsnatur und Rechtsträger des Rechts auf kampfweise Betätigung 288

aa) Rechtsnatur 289

aaa) Grundrecht oder Einrichtungsgarantie 289

bbb) Geltungsbereich des Rechts auf kampfweise Betätigung 299

bb) Rechtsträger 301

f) Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung 310

aa) Einschränkungen durch die Kernbereichslehre 317

aaa) Gegenstand und Inhalt der Kernbereichslehre 317

bbb) Bedeutung der Kernbereichslehre für den Umfang des Verfassungsschutzes des Rechts auf kampfweise Betätigung 325

aaaa) Bestimmung des Kernbereichs durch die Unerläßlichkeitsformel 326

bbbb) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und seine Bedeutung für den Umfang der Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung 328

cccc) Gewährleistung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG 338

aaaaa) Überblick über die Voraussetzungen für die abstrakt-generelle Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen 341

(1.) Führung von Arbeitskämpfen nur durch tariffähige Parteien 342

(2.) Vereinbarkeit mit bestehenden Tarifverträgen 343

(3.) Vereinbarkeit mit dem geltenden Tarifrecht 344

(4.) Vereinbarkeit mit dem arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 345

(5.) Einhaltung verbandsintern vorgeschriebener Modalitäten bei Verbandsarbeitskämpfen 347

bbbbb) Beurteilung einzelner Erscheinungsformen des Arbeitskampfes im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit im Überblick 349

(1.) Erzwingungsarbeitskampf 349

(2.) Warnarbeitskampf 353

(3.) Demonstrationsarbeitskampf 356

(4.) Sympathiearbeitskampf 357

(5.) Wilder Arbeitskampf 359

(6.) Generalarbeitskampf 361

(7.) Politischer Arbeitskampf 361

bb) Einschränkungen durch spezielle Schranken anderer Grundrechtsnormen 364

aaa) Art. 9 Abs. 2 GG 364

bbb) Art. 5 Abs. 2 GG (Allgemeine Gesetze als Schranke des Rechts auf kampfweise Betätigung) 368

ccc) Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG 371

cc) Einschränkungen durch die Bindung an das Gemeinwohl 375

aaa) Überblick über den Meinungsstand 375

bbb) Die Beziehung zwischen Gemeinwohl und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit 382

g) Ergebnisse 386

II. Stellung des Schuldrechts in der Rechtsordnung 389

1. Formen schuldrechtlicher Rechtsfolgen bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter im Hinblick auf ihre Beziehung zur Privatautonomie 390

2. Stellung der Privatautonomie in der Rechtsordnung 395

3. Bedeutung der Vertragsfreiheit für das Rangverhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 397

a) Begriff und Inhalt der Vertragsfreiheit 397

b) Schranken der Vertragsfreiheit 398

c) Vertragsfreiheit und GG 400

aa) Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch das GG 400

bb) Inhalt und Grenzen der Gewährleistung der Vertragsfreiheit 403

cc) Ergebnisse 410

III. Lösung der Kollision von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht auf Verfassungsebene 411

1. Verfassungssystematisches Verhältnis von Art. 9 Abs. 3 S.1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG 411

2. Das Schrankensystem von Art. 2 Abs. 1 GG als Argument zur Begründung eines teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht 412

3. Die Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 S.2 GG für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht 415

4. Abstimmung von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht auf der Verfassungsebene 416

a) Einschränkungen der Tarifautonomie 419

b) Tarifautonomie und Parität 426

aa) Inhalt des Paritätsbegriffs 426

bb) Kampfparität und Verhandlungsparität 429

cc) Messung der Kampfparität 430

aaa) Formelles Paritätsverständnis 431

bbb) Materielles Paritätsverständnis 433

dd) Rechtsgrundlagen der Kampfparität 436

c) Einflüsse schuldrechtlicher Ansprüche auf die Kampfparität 443

aa) Bislang anerkannte Fälle möglicher Paritätsbeeinflussung im Arbeitskampfrecht 443

aaa) Das Verhältnis von Streik und Aussperrung 443

bbb) Arbeitskampfbedingte Lohnverweigerung bei mittelbarer Kampfbetroffenheit 445

bb) Paritätsrelevanz schuldrechtlicher Ansprüche, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben 450

aaa) Mögliche Beeinflussung der Kampfparität 450

aaaa) Die Auffassung von LÖWISCH 450

bbbb) Die Auffassung des BAG 451

cccc) Die Auffassung von SEITER 451

dddd) Die Auffassung von SCHULIN 452

eeee) Die Auffassung von LIEB 452

bbb) Tatsächliche Beeinflussung der Kampfparität 457

aaaa) Firmentarifvertrag 457

bbbb) Verbandstarifvertrag 463

d) Personeller und räumlicher Geltungsbereich eines teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht 469

UNIV. LIMDEN

e) Verhältnismäßigkeit des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht 470

aa) Geeignetheit 470

bb) Erforderlichkeit 471

cc) Proportionalität 471

5. Ergebnisse und Folgerungen 474

3. Kapitel: Sachlicher Geltungsbereich der Vorrangtheorie 475

§ 1: Gattungsschulden 476

§ 2: Geldschulden 485

§ 3: Garantiehaftung 487

4. Teil: Systematische Eingliederung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht in das schuldrechtliche Haftungssystem 491

1. Kapitel: Standort der Berücksichtigung des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht im Aufbau der anspruchsbegründenden Normen des Schuldrechts 491

§ 1: Einordnung der Vorrangtheorie beim subjektiven Tatbestand 492

§ 2: Einordnung der Vorrangtheorie bei der Rechtswidrigkeit 497

I. Fehlen der Rechtswidrigkeit bei privatrechtlichen Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen 497

II. Rechtfertigungsgründe bei privatrechtlichen Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen 500

1. Rechtfertigung durch überobligationsmäßige Schwierigkeiten 500

2. Rechtfertigung durch (rechtfertigende) Pflichtenkollision 501

3. Rechtfertigung durch Arbeitgebersolidarität 504

4. Rechtfertigung durch Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen 507

2. Kapitel: Wegfall schuldrechtlicher Pflichten aufgrund von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen 510

§ 1: Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung 510

§ 2: Vorübergehendes Nichtbestehen schuldrechtlicher Pflichten für die Dauer rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen 516

I. Begriff und Inhalt der Suspendierung von Pflichten 518

II. Die Anwendung des Suspendierungsgedankens innerhalb des Schuldrechts 523

III. Das Recht zur Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten 532

1. Rechtsgrundlagen 532

a) Vertrag 532

b) Gesetz 535

c) Richterrecht 535

d) Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten aufgrund des Rechts auf kampfweise Betätigung 536

aa) Arbeitsvertraglicher Ansatz 537

bb) Verfassungsrechtlicher Ansatz 540

2. Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts als subjektiv-privates Recht 543

3. Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts als Gestaltungsrecht 551

4. Auswirkungen des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts für deliktische Ansprüche 558

3. Kapitel: Ergebnisse 559

5. Teil: Zusammenfassende Darstellung des Gangs der Untersuchung und der Untersuchungsergebnisse 561

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

a.A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
ähnl.	ähnlich
AFG	Arbeitsförderungsgesetz vom 25. Juni 1969
AG	Arbeitgeber; Aktiengesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) vom 9. Dezember 1976
AK-BGB	Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Alt.	Alternative
AltbankenG	Altbankengesetz
AN	Arbeitnehmer
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung (en)
a.o.	außerordentlich (e)
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift)
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz in der Fassung vom 14. April 1980
ArbG	Arbeitsgericht (sentscheidung)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979
ArbGG 1953	Arbeitsgerichtsgesetz vom 3. September 1953

ArbKrankhG	Gesetz zur Verbesserung der wirtschaftlichen Sicherung der Arbeitnehmer im Krankheitsfall
ArbR	Arbeitsrecht. Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in der Fassung vom 14. April 1980
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht. Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
ausf.	ausführlich
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung in der Fassung vom 3. April 1957
AVE	Allgemeinverbindlichkeitserklärung
AZO	Arbeitszeitordnung vom 30. April 1938
BAG	Bundesarbeitsgericht (sentscheidung)
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayEG	Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteignung in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Juli 1978
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Oktober 1982
BayPAG	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz) vom 24. August 1978
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof (entscheidung)
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBauG	Bundesbaugesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. August 1976
Bd.	Band
BdA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
BDO	Bundesdisziplinarordnung in der Fassung vom 20. Juli 1967

Bens.Samml.	Bensheimer Sammlung. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972
BFH	Bundesfinanzhof (entscheidung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. April 1896
BGB-RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (entscheidung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bl.	Blatt
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BNotO	Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15. März 1974
BR	Betriebsrat; Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSchG	Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895
BSG	Bundessozialgericht (sentscheidung)
BT	Besonderer Teil; Bundestag
Buchst.	Buchstabe
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz vom 8. Januar 1963
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (sentscheidung)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht in der Fassung vom 3. Februar 1971
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (sentscheidung)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
c.i.c.	culpa in contrahendo
c.p.	ceteris paribus
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Def.	Definition

der ag	Der Arbeitgeber. Offizielles Organ der Deutschen Arbeitgeberverbände
ders.	derselbe
d.G.	der (Entscheidungs) Gründe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
diff.	differenzierend
Diff.	Differenzierung
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drucks.	Drucksache
DSL	Drittschadensliquidation
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
d. Verf.	der Verfasser
DVO	Durchführungsverordnung
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 21. Mai 1897
Einl.	Einleitung
Einl.satz	Einleitungssatz
EKG	Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internationalen Kaufverträgen über bewegliche Sachen vom 17. Juli 1973
ESC	Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961
etc.	et cetera
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EVO	Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 8. August 1938
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FGO	Finanzgerichtsordnung vom 6. Oktober 1965
Fn.	Fußnote (n)
Forts.-Blatt	Fortsetzungsblatt
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz in der Fassung vom 1. Oktober 1974
gem.	gemäß

GewMH	Gewerkschaftliche Monatshefte (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
ggf.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
Großkomm.	Großkommentar
GS	Großer Senat
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung vom 9. Mai 1975
HAG	Heimarbeitsgesetz vom 14. März 1951
HandwO	Handwerksordnung in der Fassung vom 28. Dezember 1965
HausratsVO	44. Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats vom 21. Oktober 1944
HB	Handelsblatt
HdA	Handbuch des Arbeitsrechts
HessVerf.	Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
HzA	Handbuch zum Arbeitsrecht
i.a.	im allgemeinen
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
IG	Industriegewerkschft
ILO	International Labour Organisation
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne der, des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.	im wesentlichen

i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
Jhdt.	Jahrhundert
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JurA	Juristische Analysen (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KRG	Kontrollratsgesetz
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz vom 25. August 1969
KVO	Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen in der Fassung vom 23. Dezember 1958
LAG	Landesarbeitsgericht (sentscheidung)
LBG	Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung vom 23. Februar 1957
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
Lts.	Leitsatz (Leitsätze)
LuftVG	Luftverkehrsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 1981
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Mio.	Millionen
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4. Mai 1976
MitbG	Das Mitbestimmungsgespräch (Zeitschrift)
Mot.	Motive zum BGB
MRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950
MSchr.	Maschinenschrift
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis(e)

NAO	Anordnung des Verwaltungsrates der Bundesanstalt für Arbeit über die Gewährung von Leistungen der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen (Neutralitäts-Anordnung) vom 22. März 1973
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.a.	oben angegeben
o.E.	ohne Erscheinungsortsangabe
ÖTV	Öffentliche Dienste Transport und Verkehr (Gewerkschaft)
o.g.	oben genannt(e, en)
o.J.	ohne Jahresangabe
OLG	Oberlandesgericht (sentscheidung)
o.T.	ohne Titelangabe
o.V.	ohne Verfasserangabe
ÖZöffR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht
PersVG Bayern	Bayerisches Personalvertretungsgesetz vom 21. November 1958
pVV	Positive Vertragsverletzung
R.	Rückseite
RAG	Reichsarbeitsgericht (sentscheidung)
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdnr.	Randnummer (n)
resp.	respektive
RG	Reichsgericht (sentscheidung)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts ir Zivilsachen
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22. Juli 1913
S.	Satz; Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SchwbG	Schwerbehindertengesetz in der Fassung vom 8. Oktober 1979

SGG	Sozialgerichtsgesetz in der Fassung vom 23. September 1975
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Zeitschrift)
sog.	sogenannt (e, r, s)
Sp.	Spalte
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 1975
str.	streitig
StudK	Studienkommentar (zum BGB)
stv.	stellvertretend
Sv.	Sachverhalt
Tb.	Tatbestand; Teilband
teilw.	teilweise
TÜV	Technischer Überwachungsverein
TV	Tarifvertrag
TVG	Tarifvertragsgesetz in der Fassung vom 25. August 1969
u.	und
u.a.	unter anderem; und andere (n)
umstr.	umstritten
unabh.	unabhängig
unstr.	unstreitig
unzutr.	unzutreffend
u.U.	unter Umständen
v.	vom, vor
v.a.	vor allem
VereinsG	Vereinsgesetz vom 5. August 1964
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor.	Voraussetzung (en)
Vorb.	Vorbemerkung
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
WE	Willenserklärung

WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919
z.B.	zum Beispiel
ZDG	Zivildienstgesetz in der Fassung vom 29. September 1983
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Zif.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 12. September 1950
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
z.Zt.	zur Zeit

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Hinweis: Zum Zweck des Zitierens verkürzte Quellen werden jeweils in Klammern angegeben.

I. Lehrbücher

Achterberg, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch, Heidelberg 1982 (Achterberg, Verwaltungsrecht)

Baur, Fritz: Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, 2., neubearbeitete Auflage, München 1978 (Baur, Einführung in das Recht)

Bernstein, Eduard: Der Streik. Sein Wesen und sein Wirken, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1920 (Bernstein, Streik)

Bleckmann, Albert: Grundgesetz und Völkerrecht. Ein Studienbuch, Berlin 1975 (Bleckmann, Grundgesetz)

Ders.: Allgemeine Grundrechtslehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1979 (Bleckmann, Grundrechtslehren)

Blei, Hermann: Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 17., neubearbeitete Auflage des von Edmund Mezger begründeten Werkes, München 1977 (Blei, Strafrecht AT)

Blomeyer, Arwed: Allgemeines Schuldrecht, 4. durchgesehene und ergänzte Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1969 (Blomeyer, Schuldrecht)

Brede, Günter/ Etzel, Gerhard: Arbeitsrecht Darstellung, Kontrollfragen, Aufgaben und Lösungen, 2., überarbeitete und verbesserte Auflage, Herne, Berlin 1981 (Brede/Etzel, Arbeitsrecht)

Brox, Hans: Allgemeines Schuldrecht. Zehnte, verbesserte Auflage, München 1982 (Brox, Schuldrecht AT)

Ders.: Besonderes Schuldrecht. Neunte, verbesserte Auflage, München 1982 (Brox, Schuldrecht BT)

Ders.:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Siebte, verbesserte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1983 (Brox, BGB AT)
Buchner, Herbert/ Roth, Günter H.:	Unerlaubte Handlungen einschließlich der Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und aus rechtmäßiger Schädigung, München 1976 (Buchner/Roth, Unerlaubte Handlungen)
Bühler, O.:	Arbeitsrecht I. Teil. Öffentlich-rechtliche Grundlagen, Berlin 1926 (Bühler, Arbeitsrecht)
Coing, Helmut:	Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Auflage, Berlin 1969 (Coing, Rechtsphilosophie)
Däubler, Wolfgang:	Das Arbeitsrecht. Von der Kinderarbeit zur Betriebsverfassung. Ein Leitfaden für Arbeitnehmer, Reinbek bei Hamburg 1976 (Däubler, Arbeitsrecht)
Deutsch, Erwin:	Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren, Köln, Berlin, Bonn, München 1976 (Deutsch, Haftungsrecht)
Doehring, Karl:	Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsvergleichung und des Völkerrechts, Frankfurt am Main 1976 (Doehring, Staatsrecht)
Emmerich, Volker:	Das Recht der Leistungsstörungen, München 1978 (Emmerich, Leistungsstörungen)
Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. Vierzehnte, neubearbeitete Auflage. Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, Tübingen 1955 (Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II 14. Aufl.)
Dies.:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. Fünfzehnte, neubearbeitete Auflage. Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, Tübingen 1959 (Enneccerus/Nipperdey, BGB AT I)
Dies.:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. Fünfzehnte, neubearbeitete Auflage. Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte, Tübingen 1960 (Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II)

Esser, Josef:	Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil, 4., neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1970 (Esser, Schuldrecht AT 4. Aufl.)
Ders.:	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 3., unveränderte Auflage, Tübingen 1974 (Esser, Grundsatz und Norm)
Esser, Josef/ Schmidt, Eike:	Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 1: Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen. Ein Lehrbuch, 5., völlig neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1975 (Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1)
Esser, Josef/ Schmidt, Eike:	Schuldrecht Allgemeiner Teil Teilband 2: Vertragshaftung, Schadensersatz, Personenmehrheit im Schuldverhältnis, 5., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1977 (Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 2)
Fikentscher, Wolfgang:	Schuldrecht, 6., neubearbeitete Auflage, Berlin, New York 1976 (Fikentscher, Schuldrecht)
Flume, Werner:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band: Das Rechtsgeschäft. Dritte, ergänzte Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1979 (Flume, Bürgerliches Recht)
Gamillscheg, Franz:	Arbeitsrecht Band I: Individualarbeitsrecht, 6. Auflage, München 1983 (Gamillscheg, Arbeitsrecht I)
Ders.:	Arbeitsrecht Band II: Kollektives Arbeitsrecht, 6. Auflage, München 1984 (Gamillscheg, Arbeitsrecht II)
Gitter, Wolfgang:	Sozialrecht. Ein Studienbuch, München 1981 (Gitter, Sozialrecht)
Hanau, Peter/ Adomeit, Klaus:	Arbeitsrecht. Siebte überarbeitete Auflage, Frankfurt am Main 1983 (Hanau/ Adomeit, Arbeitsrecht)
Heck, Philipp:	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (Heck, Schuldrecht)
Herschel, Wilhelm:	Arbeitsrecht. Überarbeitete Auflage, Heidelberg 1980 (Herschel, Arbeitsrecht)
Hesse, Konrad:	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12., neubearbeitete Auflage, Heidelberg, Karlsruhe

	1980 (Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts)
Hofmann, Paul:	Handelsrecht, 3., überarbeitete Auflage, Frankfurt am Main 1979 (Hofmann, Handelsrecht)
Huber, Ernst Rudolf:	Wirtschaftsverwaltungsrecht. Zweite, neubearbeitete und erweiterte Auflage. Erster Band, Tübingen 1953 (Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I)
Ders.:	Wirtschaftsverwaltungsrecht. Zweite, neubearbeitete und erweiterte Auflage. Zweiter Band, Tübingen 1954 (Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II)
Hübner, Heinz:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, New York 1985 (Hübner, BGB AT)
Hueck, Alfred/ Nipperdey, Hans Carl:	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Zweiter Band Kollektives Arbeitsrecht, 6. völlig neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1957 (Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II 6. Aufl.)
Dies.:	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Zweiter Band Kollektives Arbeitsrecht. Erster Halbband (II/1), 7. völlig neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1966 (Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1)
Dies.:	Lehrbuch des Arbeitsrechts. Zweiter Band Kollektives Arbeitsrecht. Zweiter Halbband (II/2), 7. völlig neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1970 (Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2)
Dies.:	Grundriß des Arbeitsrechts. Fünfte neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1970 (Hueck/Nipperdey, Grundriß)
Jacobi, Erwin:	Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927 (Jacobi, Grundlehren)
Klunzinger, Eugen:	Grundzüge des Handelsrechts, München 1978 (Klunzinger, Handelsrecht)
König, Hans-Günther:	Bayerisches Polizeirecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1980 (König, Polizeirecht)
Kötz, Hein:	Deliktsrecht. Eine Einführung, Frankfurt a.M. 1976 (Kötz, Deliktsrecht)
Kraft, Alfons/ Kreutz, Peter:	Gesellschaftsrecht. Fünfte, überarbeitete Auflage, Frankfurt a.M. 1983 (Kraft/ Kreutz, Gesellschaftsrecht)

Küchenhoff, Günther:	Sozialrecht (Sozialhilferecht - Sozialversicherungsrecht - Sozialversorgungsrecht), 3. neubearbeitete Auflage, Düsseldorf o.J. (Küchenhoff, Sozialrecht)
Lange, Heinrich/ Köhler, Helmut:	BGB Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch., Sechzehnte neubearbeitete Auflage, München 1977 (Lange/Köhler, BGB AT)
Lange, Hermann:	Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen. Band 1 Schadensersatz, Tübingen 1979 (Lange, Handbuch des Schuldrechts Bd. 1)
Larenz, Karl:	Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil. Zwölfte, völlig neubearbeitete Auflage, München 1981 (Larenz, Schuldrecht BT)
Ders.:	Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. Dreizehnte, neubearbeitete Auflage, München 1982 (Larenz, Schuldrecht AT)
Ders.:	Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 6., neubearbeitete Auflage, München 1983 (Larenz, BGB AT)
Lehmann, Heinrich:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Dreizehnte unveränderte Auflage, Berlin 1962 (Lehmann, BGB AT 13. Aufl.)
Lehmann, Heinrich/ Hübner, Heinz:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. Fünfzehnte Auflage, Berlin 1966 (Lehmann/Hübner, BGB AT)
Lieb, Manfred:	Arbeitsrecht, 2., völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1982 (Lieb, Arbeitsrecht)
Mang, Johann/ Maunz, Theodor/ Mayer, Franz/ Obermayer, Klaus:	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern. Vierte neubearbeitete Auflage, München 1975 (Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht)
Maunz, Theodor/ Zippelius, Reinhold:	Deutsches Staatsrecht, 24., völlig neubearbeitete Auflage, München 1982 (Maunz/Zippelius, Staatsrecht)
Maurer, Hartmut:	Allgemeines Verwaltungsrecht, München 1980 (Maurer, Verwaltungsrecht)
Mayer, Franz:	Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung. Vierte Auflage, Stuttgart, München, Hannover 1977 (Mayer, Verwaltungsrecht)

Medicus, Dieter:	Bürgerliches Recht. Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung. Zehnte, neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1981 (Medicus, Bürgerliches Recht)
Ders.:	Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch, Heidelberg 1982 (Medicus, BGB AT)
Ders.:	Schuldrecht I Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, München 1982 (Medicus, Schuldrecht AT)
Menzel, Eberhard/ Ipsen, Knut:	Völkerrecht, 2. völlig neubearbeitete Auflage, München 1979 (Menzel/Ipsen, Völkerrecht)
Naucke, Wolfgang:	Strafrecht. Eine Einführung, 3. überarbeitete Auflage, Frankfurt am Main 1980 (Naucke, Strafrecht)
Nikisch, Arthur:	Arbeitsrecht II. Band, Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, Tübingen 1959 (Nikisch, Arbeitsrecht II)
Ders.:	Arbeitsrecht III. Band, Betriebsverfassungsrecht, 2., erweiterte und völlig neubearbeitete Auflage, Tübingen 1966 (Nikisch, Arbeitsrecht III)
Ossenbühl, Fritz:	Staatshaftungsrecht. Zweite, ergänzte Auflage, München 1978 (Ossenbühl, Staatshaftungsrecht)
Pawlowski, Hans-Martin:	Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes. Ein Lehrbuch, Heidelberg, Karlsruhe 1981 (Pawlowski, Methodenlehre)
Radbruch, Gustav:	Einführung in die Rechtswissenschaft, 10. durchgearbeitete Auflage, Stuttgart 1961 (Radbruch, Einführung)
Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl-Heinz:	Zivilprozeßrecht. Dreizehnte neubearbeitete Auflage, München 1981 (Rosenberg/ Schwab, Zivilprozeßrecht)
Seidl-Hohenveldern, Ignaz:	Völkerrecht, 4., erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1980 (Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht)
Söllner, Alfred:	Grundriß des Arbeitsrechts, 8., neubearbeitete Auflage, München 1984 (Söllner, Arbeitsrecht)

Schmid, Hans-Dieter:	Grundzüge des Arbeitsrechts, München 1983 (Schmid, Grundzüge)
Schnorr von Carolsfeld, Ludwig:	Arbeitsrecht, 2. neubearbeitete Auflage, Göttingen 1954 (Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht)
Scholz, Georg:	Grundgesetz I Grundlagen. Die Grundrechte, 2. Auflage, München 1979 (Scholz, Grundgesetz I)
Ders.:	Staatshaftungs- und Entschädigungsrecht, 2. Auflage, München 1978 (Scholz, Staatshaftungsrecht)
Ders.:	Allgemeines Verwaltungsrecht I, 3. Auflage, München 1979 (Scholz, Verwaltungsrecht I)
Stein, Ekkehart:	Staatsrecht, 7., neubearbeitete Auflage, Tübingen 1980 (Stein, Staatsrecht)
Verdross, Alfred:	Völkerrecht. Fünfte neubearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1964 (Verdross, Völkerrecht)
Verdross, Alfred/ Simma, Bruno:	Universelles Völkerrecht. Theorie und Praxis, Berlin 1976 (Verdross/Simma, Völkerrecht)
Welzel, Hans:	Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Zweite Auflage, Berlin 1949 (Welzel, Strafrecht 2. Aufl.)
Ders.:	Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 3., erweiterte Auflage, Göttingen 1957 (Welzel, Strafrechtssystem 3. Aufl.)
Ders.:	Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Siebente Auflage, Berlin 1960 (Welzel, Strafrecht 7. Aufl.)
Ders.:	Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 4., erweiterte Auflage, Göttingen 1961 (Welzel, Strafrechtssystem, 4. Aufl.
Ders.:	Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. Neunte Auflage, Berlin 1965 (Welzel, Strafrecht 9. Aufl.)
Wengler, Wilhelm:	Völkerrecht Band I. Erster und Zweiter Teil, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1964 (Wengler, Völkerrecht I)
Wessels, Johannes:	Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 11., neubearbeitete

	Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1981 (Wessels, Strafrecht AT)
Wolff, Hans J.:	Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch. Achte, neubearbeitete Auflage, München 1971 (Wolff, Verwaltungsrecht I)
Wolff, Hans J./ Bachof, Otto:	Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht). Ein Studienbuch. Vierte, überarbeitete Auflage, München 1976 (Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II)
Zöllner, Wolfgang:	Arbeitsrecht. Ein Studienbuch, 3., neubearbeitete Auflage, München 1983 (Zöllner, Arbeitsrecht)

II. Handbücher u. Kommentare

Abraham u.a. (Hrsg.):	Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg Stand: Oktober 1982 (Bearbeiter in Bonner Kommentar)
Anschütz:	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Kommentar, 14. Auflage, Berlin 1933 (Anschütz, WRV)
Baumbach/Duden/Hopt:	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen (ohne Seerecht), 25., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1983 (Baumbach/Duden/Hopt, HGB)
Berner:	Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei (Polizeiaufgabengesetz - PAG). Kommentar, 8., neubearbeitete Auflage, München 1979 (Berner, PAG)
Beuthien/Hadding/ Lüderitz/Medicus/Wolf:	Studienkommentar zum BGB. Erstes bis Drittes Buch (§§ 1-1296). Zweite überarbeitete und ergänzte Auflage, Stand: 1. Juni 1979, Frankfurt am Main 1979 (Bearbeiter, StudK BGB)
Bobrowski, Paul/ Gaul, Dieter:	Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung, 6., vollständig überarbeitete Auflage, Heidelberg 1970 (Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht 6. Aufl.)
Dies.:	Das Arbeitsrecht im Betrieb von der Einstellung bis zur Entlassung, Band II, 7., vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1979 (Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II)

Brox, Hans/ Rüthers, Bernd:	Arbeitskampfrecht. Ein Handbuch für die Praxis, Stuttgart 1965 (Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl.)
Dies.:	Arbeitskampfrecht. Ein Handbuch für die Praxis. 2. völlig neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1982 (Bearbeiter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht)
Däubler, Wolfgang (Hrsg.):	Arbeitskampfrecht. Unter Mitarbeit von Karl-Jürgen Bieback, Ninon Colneric, Wolfgang Däubler, Manfred Schumann, Henner Wolter, Baden-Baden 1984 (Däubler, Arbeitskampfrecht)
Däubler/Hege:	Koalitionsfreiheit. Ein Kommentar, Baden-Baden 1976 (Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit)
Däubler, Wolfgang/ Hege, Hans:	Recht der Koalitionen, in: Maus: Handbuch des Arbeitsrechts, Teil XI A, Stand: Mai 1976 (Däubler/Hege, HdA Teil XI A)
Dietz/Richardi:	Betriebsverfassungsgesetz Band 2: §§ 74 - Schluß mit Betriebsverfassungsgesetz 1952. Kommentar, 6., völlig neubearbeitete Auflage, München 1982 (Dietz/ Richardi, BetrVG)
Dölle:	Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht. Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964, herausgegeben von Hans Dölle, München 1976 (Dölle/Bearbeiter, Einheitskaufrecht)
Dreher/Tröndle:	Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 41. neubearbeitete Auflage, München 1983 (Dreher/Tröndle, StGB)
Eberstein, Hans Hermann:	Die zweckmäßige Ausgestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr. Anleitung mit Klauselvorschlägen für Allgemeine Lieferbedingungen, 2., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1980 (Eberstein, AGB)
Erman:	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Bänden, herausgegeben von Harm Peter Westermann unter redaktioneller Mitwirkung von Klaus Küchenhoff, siebte, neubearbeitete Auflage, Münster 1981 (Erman/Bearbeiter, BGB)
Fabricius/Kraft/Thiele/ Wiese:	Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, Neuwied und Berlin, Stand: März 1984 (GK/Bearbeiter, BetrVG)

Finger:	Eisenbahnverkehrsordnung mit Ausführungsbestimmungen der Eisenbahn und ergänzenden Vorschriften unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Loseblattkommentar, München Stand: 1. Oktober 1982 (Finger, EVO)
Fitting/Auffarth/Kaiser:	Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar, 14., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1984 (Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG)
Fuchs, Werner/Klima, Rolf/Lautmann, Rüdiger/Rammstedt, Otthein/Wienold, Hanns:	Lexikon zur Soziologie, Reinbek bei Hamburg 1975 (Fuchs u.a., Lexikon)
Fuhr:	Kommentar zur Gewerbeordnung mit einer systematischen Darstellung des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und allgemeiner gewerberechtlicher Fragen - ohne arbeitsrechtliche Vorschriften (Titel VII) -, Loseblattwerk, o.E., Stand: März 1973 (Fuhr, GewO)
Galperin/Löwisch:	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz Band II: Regelung der Mitbestimmung (§§ 74-132), 6., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1982 (Galperin/Löwisch, BetrVG)
Goltermann:	Eisenbahn-Verkehrsordnung vom 8. September 1938 nebst Ausführungsbestimmungen in den neuesten Fassungen mit den grundlegenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs sowie den Internationalen Übereinkommen über den Eisenbahn-Personen- und -Gepäckverkehr (CIV) und über den Eisenbahnfrachtverkehr (CIM) vom 7.2.1970 nebst Einheitlichen Zusatzbestimmungen und ergänzenden Vorschriften, Kommentar. Begründet von Erich Goltermann. Fortgeführt von Karl-Otto Konow. Dritte, überarbeitete Auflage, Berlin Stand: Januar 1983 (Goltermann/Konow, EVO)
Hamann:	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2., völlig neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Neuwied, Berlin 1960 (Hamann, GG)
Hamann/Lenz:	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis begründet von Andreas Hamann, fortgeführt von Andreas Hamann jr. und Helmut Lenz.

	Dritte, völlig neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Neuwied und Berlin 1970 (Hamann/Lenz, GG)
Heymann/Kötter:	Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) mit Erläuterungen. Vierte Auflage (Einundzwanzigste Gesamtauflage), Berlin, New York 1971 (Heymann/Kötter, HGB)
Jauernig/Schlechtriem/ Stürner/Teichmann/ Vollkommer:	Bürgerliches Gesetzbuch, 2., neubearbeitete Auflage, München 1981 (Bearbeiter in Jauernig, BGB)
Kammann/Hess/Schlochauer:	Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Darmstadt 1979 (Kammann/Hess/ Schlochauer, BetrVG)
Landmann/Rohmer:	Gewerbeordnung Kommentar. Neubearbeitet von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler. Zweiter Band Gewerbeordnung Titel VI-X und zugehörige Nebengesetze, 11. Auflage, München und Berlin 1956 (Bearbeiter in Landmann/Rohmer, GewO)
Lenz:	Notstandsverfassung des Grundgesetzes Kommentar, Frankfurt a.M. 1971 (Lenz, Notstandsverfassung)
von Mangoldt/Klein:	Das Bonner Grundgesetz. Zweite neubearbeitete und vermehrte Auflage, Band I, Berlin und Frankfurt a.M. 1966 (von Mangoldt/Klein, GG)
Maunz/Dürig:	Grundgesetz Kommentar, Band I, München Stand: April 1983 (Bearbeiter in Maunz/ Dürig, GG)
Dies.:	Grundgesetz Kommentar, Band II, München Stand: September 1983 (Bearbeiter in Maunz/Dürig, GG)
Meisel, Peter G.:	Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 3., erweiterte und veränderte Auflage, Heidelberg 1973 (Meisel, Mitwirkung und Mitbestimmung)
Mitglieder des Bundesgerichtshofes (Hrsg.):	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12., neubearbeitete Auflage, Band I §§ 1-240, Berlin, New York 1982 (BGB-RGRK/Bearbeiter)
Dies.:	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesge-

	richtshofes, Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12., neubearbeitete Auflage, Band II, 1. Teil §§ 241-413, Berlin, New York 1976 (BGB-RGRK/Bearbeiter)
von Münch (Hrsg.):	Grundgesetz - Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 20), München 1975 (Bearbeiter, in: von Münch, GG-K Bd. 1 1. Aufl.)
Ders.:	Grundgesetz - Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 20), 2., neubearbeitete Auflage, München 1981 (Bearbeiter, in: von Münch, GG-K Bd. 1)
Ders.:	Grundgesetz - Kommentar, Band 2 (Artikel 21 bis Artikel 69), München 1976 (Bearbeiter, in: von Münch, GG-K Bd. 2)
Palandt:	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Beurkundungsgesetz, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Abzahlungsgesetz, Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Ehegesetz, Jugendwohlfahrtsgesetz, 44., neubearbeitete Auflage, München 1985 (Palandt/Bearbeiter, BGB)
Prüssmann:	Seehandelsrecht. Viertes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen, München 1968 (Prüssmann, Seehandelsrecht)
Rebmann/Säcker (Hrsg.):	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, München 1978 (MünchKomm/Bearbeiter, BGB)
Dies.:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432), München 1979 (MünchKomm/Bearbeiter, BGB)
Dies.:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil, Halbband 1 (§§ 433-656), Abzahlungsgesetz, München 1980 (MünchKomm/Bearbeiter, BGB)
Dies.:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht Besonderer Teil, Halbband 2 (§§ 657-853), München 1980 (MünchKomm/Bearbeiter, BGB)
Dies:	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4: Sachenrecht (§§ 854-1296), Wohnungseigentumsgesetz, Erbbau-

	rechtsverordnung, München 1981 (MünchKomm/Bearbeiter, BGB)
Rohlfing/Kiskalt/Wolff:	Handkommentar zur Gewerbeordnung, 3. neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1961 (Rohlfing/Kiskalt/Wolff, GewO)
Schaub, Günter:	Arbeitsrechts-Handbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, 5., überarbeitete Auflage, München 1983 (Schaub, Handbuch)
Siebrecht, Fritz:	Das Recht im Arbeitskampf. Dritte Auflage, Köln 1964, unter Mitarbeit von Swaantje Schulze-Reimpell (Siebrecht, Arbeitskampf)
Sieg/Leifermann:	Gewerbeordnung in der Fassung des am 1. Oktober 1960 in Kraft getretenen Vierten Bundesgesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung mit Erläuterungen, München und Berlin 1960 (Sieg/Leifermann, GewO)
Soergel/Siebert:	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240). Elfte, neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Stand: Juni 1978 (Soergel/Bearbeiter, BGB)
Dies.:	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 Schuldrecht I (§§ 241-610). Zehnte, neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Stand: Herbst 1967 (Soergel/Bearbeiter, BGB)
Dies.:	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3 Schuldrecht II (§§ 516-704). Elfte, neubearbeitete Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Stand: Mai 1980 (Soergel/Bearbeiter, BGB)
Schaps/Abraham:	Das Seerecht in der Bundesrepublik Deutschland, Kommentar und Materialsammlung. Unter dem Titel "Das deutsche Seerecht" begründet von Georg Schaps. Vierte, völlig neu bearbeitete Auflage von Hans Jürgen Abraham unter Mitarbeit von Klaus H. Abraham. Seehandelsrecht Erster Teil, Berlin, New York 1978 (Schaps/Abraham, Seerecht)
Schlegelberger:	Handelsgesetzbuch, Kommentar von Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, 5., neube-

	arbeitete Auflage, Band VI §§ 383-460, München 1977 (Schlegelberger/Bearbeiter, HGB)
Schmidt-Bleibtreu/Klein:	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, Neuwied und Darmstadt 1983 (Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG)
Schnorr:	Öffentliches Vereinsrecht. Kommentar zum Vereinsgesetz, Köln, Berlin, Bonn, München 1965 (Schnorr, Vereinsrecht)
Schönefelder/Kranz/ Wanka/Schneider:	Kommentar zum Arbeitsförderungsgesetz - AFG - vom 25. Juni 1969 mit Änderungen, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz Stand: Januar 1981 (Schönefelder/Kranz/Wanka/ Schneider, AFG)
Staub:	Handelsgesetzbuch Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts. Dritte Auflage, neubearbeitet von Dieter Brüggemann u.a. Dritter Band, 1. Halbband §§ 343-351, Berlin, New York 1978 (Bearbeiter in Großkomm. HGB)
Ders.:	Handelsgesetzbuch Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts. Dritte Auflage, neubearbeitet von Dieter Brüggemann u.a. Dritter Band, 2. Halbband §§ 352-372, Berlin, New York 1978 (Bearbeiter in Großkomm. HGB)
Ders.	Handelsgesetzbuch Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts. Dritte Auflage, neubearbeitet von Dieter Brüggemann u.a. Fünfter Band, 1. Halbband §§ 383-424, Berlin, New York 1980 (Bearbeiter in Großkomm. HGB)
Ders.:	Handelsgesetzbuch Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts. Dritte Auflage, neubearbeitet von Dieter Brüggemann u.a. Fünfter Band, 2. Halbband §§ 425-460, Berlin, New York 1982 (Bearbeiter in Großkomm. HGB)
Ders.:	Handelsgesetzbuch Großkommentar, 4., neubearbeitete Auflage. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling, Peter Ulmer, 1. Lieferung: Einleitung, §§ 1-16, Berlin, New York 1983 (Bearbeiter in Großkomm. HGB 4. Aufl.)

Staudinger:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einleitung Erstes Buch Allgemeiner Teil §§ 1-89, Verschollenheitsgesetz, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1980 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)
Ders:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Erstes Buch Allgemeiner Teil §§ 90-240, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1980 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)
Ders.:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 241, 242, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1981 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)
Ders.:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 243-254, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1983 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)
Ders:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 255-327, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1979 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)
Ders.:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-580 a, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1978 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)
Ders.:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 651 a-k, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1983 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)
Ders.:	J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse §§ 741-778, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1982 (Staudinger/Bearbeiter, BGB)

Ulmer/Brandner/Hensen:	AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 3. überarbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, Köln 1978 (Bearbeiter in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz)
Wassermann (Hrsg.):	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sechs Bänden, Gesamtherausgeber Rudolf Wassermann, Band 2: Allgemeines Schuldrecht (Reihe Alternativkommentare), Neuwied und Darmstadt 1980 (AK-BGB/Bearbeiter)
Wiedemann/Stumpf:	Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften Kommentar, begründet von Alfred Hueck und Hans Carl Nipperdey, weitergeführt von Ernst Tophoven und Eugen Stahlhacke, neubearbeitet von Herbert Wiedemann und Hermann Stumpf, 5., neubearbeitete Auflage, München 1977 (Wiedemann/Stumpf, TVG)

III. Dissertationen, Monographien u. Rechtsgutachten

ab-Yberg:	Die Strikes und ihre Rechtsfolgen, Diss. Zürich 1903 (ab-Yberg, Strikes)
Abel, Gunther:	Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, Berlin 1964 (Abel, Lehre von den Einrichtungsgarantien)
Adams, Johannes Alexander:	Streik ohne Urabstimmung, Diss. Köln 1969 (Adams, Streik)
Adomeit, Klaus:	Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, München 1969 (Adomeit, Rechtsquellenfragen)
Benda, Ernst:	Die Notstandsverfassung, München, Wien 1966 (Benda, Notstandsverfassung)
Bertelsmann, Klaus:	Aussperrung. Eine Untersuchung ihrer Zulässigkeit unter besonderer Berücksichtigung ihrer geschichtlichen Entwicklung und Handhabung in der Praxis, Berlin 1979 (Bertelsmann, Aussperrung)
Bettermann, Karl August:	Grenzen der Grundrechte, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 4. November 1964, Berlin 1968 (Bettermann, Vortrag)

Beuthien, Volker:	Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969 (Beuthien, Zweckerreichung)
Biedenkopf, Kurt H.:	Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964 (Biedenkopf, Tarifautonomie)
Binkert, Gerhard:	Gewerkschaftliche Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskampfrechts, Berlin 1981 (Binkert, Boykottmaßnahmen)
Birk, Rolf:	Die Rechtmäßigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungsmaßnahmen. Ein Rechtsgutachten erstattet für die Gewerkschaft ÖTV, Stuttgart 1978 (Birk, Rechtsgutachten)
Bleckmann, Albert:	Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge. Versuch einer allgemeinen Theorie des self-executing treaty auf rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 1970 (Bleckmann, Innerstaatliche Anwendbarkeit)
Bobke, Manfred H./ Grimberg, Herbert:	Der gewerkschaftliche Warnstreik im Arbeitskampfrecht. "Neue Beweglichkeit" gegen rechtliche Begrenzungen der gewerkschaftlichen Handlungsfreiheit, Köln 1983 (Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik)
Boehmer, Gerhard:	Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht, Köln, Berlin 1965 (Boehmer, Völkerrechtlicher Vertrag)
Brendel, Björn:	Einfluß des Arbeitskampfes auf Abnahme- und Lieferverpflichtungen, Diss. Hamburg 1969 (Brendel, Lieferverpflichtungen)
Brodmann, Jörg:	Arbeitskampf und Pressefreiheit, Berlin 1982 (Brodmann, Arbeitskampf)
Buchner, Herbert:	Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz, München 1971 (Buchner, Gewerbebetrieb)
Bühn, Birgit:	Die einseitige Suspendierung von Arbeitnehmern im Individualarbeitsrecht, Diss. Augsburg 1983 (Bühn, Einseitige Suspendierung)
Canaris, Claus-Wilhelm:	Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1964 (Canaris, Feststellung von Lücken)

Coester, Michael:	Vorrangprinzip des Tarifvertrages, Heidelberg 1974 (Coester, Vorrangprinzip)
Cottier, Marius:	Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta. Rechtsnatur, Inhalt und Vergleich mit dem schweizerischen Recht, Diss. Freiburg/Schweiz 1967 (Cottier, Arbeitsrechtliche Bestimmungen)
Däubler, Wolfgang:	Der Streik im öffentlichen Dienst, Tübingen 1970 (Däubler, Streik)
Ders.:	Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt am Main 1973 (Däubler, Grundrecht)
Ders.:	Gewerkschaftsrechte im Betrieb. Argumentationshilfen für die Praxis in Betrieb und Verwaltung, Neuwied und Darmstadt 1978 (Däubler, Gewerkschaftsrechte)
Däubler, Wolfgang/ Mayer-Maly, Theo:	Negative Koalitionsfreiheit? Tübingen 1971 (Däubler/Mayer-Maly, Koalitionsfreiheit)
Danz, Fritz-Jürgen:	Die Verteilung des Lohnrisikos in kampfbetroffenen Drittbetrieben, Diss. Köln 1972 (Danz, Verteilung des Lohnrisikos)
Degener, Udo:	Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, Berlin 1975 (Degener, Fragerecht)
Dietz, Rolf:	Koalitionsfreiheit und Arbeitskampfrecht, in: Weber, Werner/Scheuner, Ulrich/Dietz, Rolf: Koalitionsfreiheit, Drei Rechtsgutachten, Berlin und Frankfurt 1961, S. 95-126 (Dietz, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit)
Dohnau, Walter-Joachim:	Arbeitskampf und Lieferverträge, Diss. Köln 1967 (Dohnau, Lieferverträge)
Edelmann, Annemarie:	Haftung des Arbeitgebers bei Streik (dem Kunden und Dritten gegenüber), Diss. Marburg 1930 (Edelmann, Haftung)
Ehmann, Horst:	Betriebsrisikolehre und Kurzarbeit. Zur Verlagerung des Lohnrisikos im Arbeitskampf und Arbeitsfrieden, Berlin 1979 (Ehmann, Betriebsrisikolehre)
Engisch, Karl:	Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935 (Engisch, Einheit)

Evers, Hans-Ulrich:	Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung. Rechtsgutachten zum Aussperrungsverbot der Hessischen Landesverfassung, erstattet im Auftrage der Hessischen Landesregierung, Hamburg 1969 (Evers, Arbeitskampffreiheit)
Fikentscher, Wolfgang:	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, München und Berlin 1958 (Fikentscher, Wettbewerb)
Forsthoff, Ernst:	Rechtsgutachten, in: Forsthoff, Hueck: Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anläßlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung. Zwei Rechtsgutachten, Köln 1952, S. 9-30 (Forsthoff in Forsthoff, Hueck, Rechtsgutachten)
Frowein, Jochen Abr.:	Zur völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Aussperrung, Tübingen 1976 (Frowein, Gewährleistung der Aussperrung)
Gaede, Verena:	Freiheit und Bindungen des Arbeitgebers bei der Neueinstellung von Arbeitnehmern, Diss. Erlangen-Nürnberg 1975 (Gaede, Neueinstellung von Arbeitnehmern)
Gamillscheg, Franz:	Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966 (Gamillscheg, Differenzierung)
Georgiades, Apostolos:	Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1967 (Georgiades, Anspruchskonkurrenz)
Germelmann, Claas-Hinrich:	Theorie und Geschichte des Streikrechts, Darmstadt 1980 (Germelmann, Streikrecht)
Gillig, Franz-Peter:	Nichterfüllung und Sachmängelgewährleistung, Tübingen 1984 (Gillig, Nichterfüllung)
Glückert, Jürgen:	Die Arbeitskampfschutzklausel des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum Thema "Arbeitskampf und Notstandsverfassung", Berlin 1973 (Glückert, Arbeitskampfschutzklausel)
Göldner, Detlef Christoph:	Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Verfassungskonkreti-

sierung als Methoden- und Kompetenzproblem, Berlin 1969 (Göldner, Verfassungsprinzip)

Goll, Ulrich: Arbeitskampfparität und Tariferfolg, Berlin 1980 (Goll, Arbeitskampfparität)

Gottwald, Peter: Schadenszurechnung und Schadensschätzung. Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß, München 1979 (Gottwald, Schadenszurechnung)

Grober, Hans: Zur Haftungsfrage des Arbeitgebers im Falle eines Streiks seiner Arbeitnehmer, Diss. Göttingen 1928 (Grober, Haftungsfrage)

Groos, Thomas: Schadensersatz und Rücktritt bei Leistungsstörungen infolge von Streik und Aussperrung. Eine Darstellung von Rechtsprechung und Literatur des französischen und deutschen Rechts, Diss. Freiburg i.Br. 1970 (Groos, Schadensersatz)

Günther, Hans-Ludwig: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1983 (Günther, Strafrechtswidrigkeit)

Häberle, Peter: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Karlsruhe 1962 (Häberle, Wesensgehaltgarantie)

Hamann, Rudolf: Methoden und Problematik [illegible]densberechnung, München 1972 (Hamann, Schadensberechnung)

Hanau, Peter: Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit, Göttingen 1971 (Hanau, Pflichtwidrigkeit)

von Heimburg, Sibylle: Verwaltungsaufgaben und Private. Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Berlin 1982 (von Heimburg, Verwaltungsaufgaben)

Helm, Johann Georg: Haftung für Schäden an Frachtgütern. Studien zur Schadensersatzpflicht aus Frachtgeschäften und zur Konkurrenz vertraglicher und außervertraglicher Ersatzansprüche, Karlsruhe 1966 (Helm, Haftung)

Henke, Wilhelm: Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968 (Henke, Subjektives öffentliches Recht)

Hesse, Ernst:	Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG bei der Verwirklichung einer "verfassungsmäßigen Ordnung". Eine Untersuchung über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 I GG, Berlin 1968 (Hesse, Bindung des Gesetzgebers)
Hinz, Manfred O.:	Tarifhoheit und Verfassungsrecht. Eine Untersuchung über die tarifvertragliche Vereinbarungsgewalt, Berlin 1971 (Hinz, Tarifhoheit)
Hirschberg, Lothar:	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Göttingen 1981 (Hirschberg, Verhältnismäßigkeit)
Hohenester, Hermann:	Die Grenzen der Streikfreiheit im Hinblick auf die Arbeitsniederlegung als solche, München 1956 (Hohenester, Grenzen der Streikfreiheit)
Hohn, Hannsjosef:	Unternehmerhaftung gegenüber Geschäftspartnern bei Arbeitskämpfen, Düsseldorf 1965 (Hohn, Unternehmerhaftung)
Huber, Hans:	Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin 1966 (Huber, Bedeutung der Vertragsfreiheit)
Huber, Ulrich:	Leistungsstörungen. Empfiehlt sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981, S. 647-909 (Huber, Leistungsstörungen)
Hueck, Alfred:	Rechtsgutachten, in: Forsthoff, Hueck: Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anläßlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung. Zwei Rechtsgutachten, Köln 1952, S. 33-50 (Hueck in Forsthoff, Hueck, Rechtsgutachten)
Isensee, Josef:	Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes, Bonn, Bad-Godesberg 1971 (Isensee, Beamtenstreik)
Jahnke, Volker:	Tarifautonomie und Mitbestimmung, München 1984 (Jahnke, Tarifautonomie)

Johst, Walter:	Die Versicherung des Streikrisikos, Diss. Köln 1926 (Johst, Streikversicherung)
Kaiser, Joseph H.:	Der politische Streik, 2. Auflage, Berlin 1959 (Kaiser, Politischer Streik)
Ders.:	Die Parität der Sozialpartner, Karlsruhe 1973 (Kaiser, Parität)
Kalb, Heinz-Jürgen:	Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, Berlin 1977 (Kalb, Betriebsrisikolehre)
Kazakos, Aris:	Die Suspendierung von Hauptpflichten. Unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitskampfrechts. Eine strukturale Analyse, Frankfurt am Main 1980 (Kazakos, Suspendierung)
Keuk, Brigitte:	Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972 (Keuk, Vermögensschaden)
Klein, Friedrich:	Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien, Breslau 1934 (Klein, Institutionelle Garantien)
Ders.:	Eigentumsbindung, Enteignung, Sozialisierung und Gemeinwirtschaft im Sinne des Bonner Grundgesetzes, Tübingen 1972 (Klein, Eigentumsbindung)
Klein, Harald:	Koalitionsfreiheit im pluralistischen Sozialstaat. Eine verfassungsrechtliche Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Königstein/Ts. 1979 (Klein, Koalitionsfreiheit)
Klosterkemper, Heinrich:	Das Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb. Unter besonderer Berücksichtigung der Tendenzbetriebe und kirchlichen Einrichtungen, Königstein/Ts. 1980 (Klosterkemper, Zugangsrecht)
Knebel, Jürgen:	Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit staatlicher Einwirkung auf die tarifautonome Lohngestaltung, Berlin 197° (Knebel, Koalitionsfreiheit)
Kohlhaas, Georg Peter:	Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Diss. Köln 1974 (Kohlhaas, Eingriff)
Koller, Arnold:	Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, Bern 1971 (Koller, Unmittelbare Anwendbarkeit)

Krasser, Rudolf:	Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter. Untersuchungen zum Delikts- und Wettbewerbsrecht Deutschlands, Frankreichs und Belgiens, Köln, Berlin, Bonn, München 1971 (Krasser, Schutz vertraglicher Rechte)
Krejci, Heinz:	Aussperrung. Verfassungs- und Privatrechtsfragen nach deutschem Recht, Wien 1980 (Krejci, Aussperrung)
Kreuzer, Klaus:	Die Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, Baden-Baden 1975 (Kreuzer, Neutralität)
Kriebel, Volkhart:	Zentralisation und Dezentralisation im Tarifsystem. Möglichkeit und rechtliche Zulässigkeit einer dezentralisierten Tarifpolitik, Berlin 1984 (Kriebel, Zentralisation)
Kruse, Heinrich Wilhelm:	Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, Tübingen 1971 (Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle)
Lehmann, Julius:	Strikes, Aussperrungen und Verträge, Diss. Leipzig 1907 (Lehmann, Strikes)
Leisner, Walter:	Grundrechte und Privatrecht, München und Berlin 1960 (Leisner, Grundrechte)
Lemppenau, Joachim:	Gattungsschuld und Beschaffungspflicht. Kritisches zu § 279, Berlin 1972 (Lemppenau, Gattungsschuld)
Lenz, Jürgen H.:	Die unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit der Europaratskonventionen unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, Diss. Würzburg 1972 (Lenz, Innerstaatliche Anwendbarkeit)
Lepa, Manfred:	Der Inhalt der Grundrechte, 4., völlig neubearbeitete Auflage, Köln 1981 (Lepa, Inhalt der Grundrechte)
Lerche, Peter:	Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, Köln, Berlin, München, Bonn 1961 (Lerche, Verfassungsrecht)
Ders.:	Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes - zum hessischen Aussperrungsverbot -, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968 (Lerche, Zentralfragen)
Löwisch, Manfred:	Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin 1970 (Löwisch, Deliktsschutz)

Ders.:	Streik und Aussperrung im Ausland, Köln 1980 (Löwisch, Streik und Aussperrung)
Lohse, Volker Heinrich:	Streik und Staatsnotstand unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz, Berlin 1969 (Lohse, Staatsnotstand)
Lorenz, Rudolf:	Einfluß von Streik und Aussperrung auf die Lieferungsverträge der Großindustrie, Diss. Jena 1914 (Lorenz, Streik und Aussperrung)
Marburger, Peter:	Die Regeln der Technik im Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1979 (Marburger, Regeln der Technik)
Martens, Klaus-Peter:	Das Arbeitsrecht der leitenden Angestellten, Wiesbaden, Stuttgart 1982 (Martens, Leitende Angestellte)
Masthoff, Horstfried:	Die Rechtsnatur des Tarifvertrages als Problem autonomer Rechtsetzung, Diss. Münster 1974 (Masthoff, Rechtsnatur des Tarifvertrages)
Mayer-Maly, Theo/ Nipperdey, Hans Carl:	Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Tübingen 1965 (Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung)
Meyer-Abich, Jann:	Der Schutzzweck der Eigentumsgarantie. Leistung, Freiheit, Gewaltenteilung. Zur teleologischen Auslegung des Art. 14 Abs. 1 GG, Berlin 1980 (Meyer-Abich, Schutzzweck)
Meyer-Cording, Ulrich:	Die Rechtsnormen, Tübingen 1971 (Meyer-Cording, Rechtsnormen)
Mühlen, Alexander:	Die Schädigung von Drittbetrieben im Arbeitskampf, vergleichende Darstellung der Rechtslage in Deutschland und Frankreich, Diss. Köln 1967 (Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben)
Müller, Friedrich:	Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, Berlin 1969 (Müller, Positivität)
Neugebauer, Stefan:	Inwiefern kann durch Streik oder Aussperrung dem Unternehmer die Erfüllung eines Lieferungsvertrages unmöglich werden? Diss. Jena 1916 (Neugebauer, Erfüllung)
Niese, Werner:	Streik und Strafrecht, Tübingen 1954 (Niese, Streik)

Nikisch, Arthur:	Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts, Rechtsgutachten, Köln 1951 (Nikisch, Streikrecht)
Nipperdey, Hans Carl:	Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.-29. Mai 1952 entstanden sind, Rechtsgutachten, Köln 1953 (Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten)
Ders.:	Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3., neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, München, Bonn 1965 (Nipperdey, Marktwirtschaft)
Noah, Hans:	Die Einwirkung des Streiks und der Aussperrung auf zivilrechtliche Verträge, Diss. Breslau 1924 (MSchr.) (Noah, Einwirkung des Streiks)
Otte, Jürgen:	Das subjektiv-private Arbeitskampfrecht als Grundlage einer Neuorientierung im Recht des Streiks und der Aussperrung, Hamburg 1970 (Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht)
Otto, Hansjörg:	Verfassungsrechtliche Gewährleistung der koalitionsspezifischen Betätigung. Eine Analyse des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Februar 1981 - 2 BvR 384/78 - zur Frage gewerkschaftlicher Zutrittsrechte zu kirchlichen Einrichtungen. Ein Gutachten erstattet für die Gewerkschaft ÖTV, Stuttgart 1982 (Otto, Gutachten)
Pabst, Franziska:	Der Begriff "Kampfparität" in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Königstein/Ts. 1980 (Pabst, Kampfparität)
Pahlen, Ronald:	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Erstattung von Schulungskosten nach dem BetrVG 72, Berlin 1979 (Pahlen, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)
Peters, Hans:	Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln und Opladen 1963 (Peters, Recht auf freie Entfaltung)
Peters, Hans/ Ossenbühl, Fritz:	Die Übertragung von öffentlichrechtlichen Befugnissen auf die Sozialpartner unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitszeitschutzes, Berlin und Frankfurt a.M. 1967 (Peters/Ossenbühl, Übertragung)

Pfister, Karl: Einfluss des Streiks auf das Privatrecht, Diss. Erlangen 1922 (MSchr.) (Pfister, Streik und Privatrecht)

Picker, Eduard: Der Warnstreik und die Funktion des Arbeitskampfes in der Privatrechtsordnung, Köln, Berlin, Bonn, München 1983 (Picker, Warnstreik)

Pietras, Claus-Peter: Arbeitskampf und Vertragsbindung. Eine Untersuchung zur Frage des Einflusses von Arbeitskampfmaßnahmen auf Dauerschuldverhältnisse der Beteiligten zu Dritten, Frankfurt/Main 1981 (Pietras, Arbeitskampf)

Pischel, Klaus: Die Bedeutung der europäischen Sozialcharta für das Recht in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Würzburg 1966 (Pischel, Bedeutung der Sozialcharta)

Plambeck, Hans: Der Einfluß von Streik- und Sperrklauseln auf den Inhalt der Schuldverhältnisse, Diss. Göttingen 1911 (Plambeck, Einfluß von Streik- und Sperrklauseln)

Preusche, Rainer: Unternehmensschutz und Haftungsbeschränkung im Deliktsrecht, Berlin 1974 (Preusche, Unternehmensschutz)

Promberger, Günter: Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag. Eine vergleichende Untersuchung ihres Verhältnisses zueinander nach dem deutschen Recht und dem Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1967 (Promberger, Arbeitskampf)

Raiser, Thomas: Die Aussperrung nach dem Grundgesetz. Unter welchen Voraussetzungen kann die Aussperrung durch Bundes[illegible]ir sich allein oder im Zusammenhang mit einer allgemeinen gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechts verboten oder eingeschränkt werden?, Berlin 1975 (Raiser, Aussperrung)

Raupach, Hubert: Die Schlichtung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten und ihre Probleme unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Berlin 1964 (Raupach, Schlichtung)

Rehbinder, Manfred: Das Kaufrecht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft, Berlin 1970 (Rehbinder, Kaufrecht)

Reinecke, Jürgen:	Die Haftung des Verkäufers für Leistungsstörungen im geltenden deutschen Recht verglichen insbesondere mit dem Internationalen Kaufgesetz vom 1. Juli 1964, Diss. Freiburg im Breisgau 1968 (Reinecke, Haftung des Verkäufers)
Richardi, Reinhard:	Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968 (Richardi, Kollektivgewalt)
Roscher, Falk:	Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem. Dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1974 (Roscher, Vertragsfreiheit)
Rüthers, Bernd:	Streik und Verfassung, Köln 1960 (Rüthers, Streik)
Ders.:	Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb. Ein Rechtsgutachten, München 1968 (Rüthers, Recht der Gewerkschaften)
Ders.:	Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968 (Rüthers, Auslegung)
Ders.:	Tarifmacht und Mitbestimmung in der Presse, Berlin 1975 (Rüthers, Tarifmacht)
Ders.:	Rechtsprobleme der Aussperrung unter besonderer Berücksichtigung des Pressewesens, Rechtsgutachten, Berlin 1980 (Rüthers, Aussperrung)
Säcker, Franz-Jürgen:	Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit. Rechtsquellen- und interpretationstheoretische Bemerkungen zur legislativen und judikativen Konkretisierung des Art. 9 Abs. 3 GG, Düsseldorf 1969 (Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit)
Ders.:	Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972 (Säcker, Gruppenautonomie)
Ders.:	Gruppenparität und Staatsneutralität als verfassungsrechtliche Grundprinzipien des Arbeitskampfrechts. Eine arbeits- und sozialrechtliche Untersuchung zu § 116 des Arbeitsförderungsgesetzes vom 25. Juni 1969, Heidelberg 1974 (Säcker, Gruppenparität)
Schambeck, Herbert:	Grundrechte und Sozialordnung. Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Berlin 1969 (Schambeck, Grundrechte)

Schatzmann, Leonz:	Der Einfluß des Streiks und des Boykotts auf die Lieferungsverträge des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1917 (Schatzmann, Einfluß des Streiks)
Scheuner, Ulrich:	Der Inhalt der Koalitionsfreiheit, in: Weber, Werner/Scheuner, Ulrich/Dietz, Rolf: Koalitionsfreiheit. Drei Rechtsgutachten, Berlin und Frankfurt a.M. 1961, S. 29-91 (Scheuner, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit)
Schlechtriem, Peter:	Einheitliches Kaufrecht - wissenschaftliches Modell oder praxisnahe Regelung?, Karlsruhe 1978 (Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht)
Schmid, Hans Dieter:	Arbeitskampf und Notstand aus der Sicht des Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG, Berlin 1972 (Schmid, Arbeitskampf und Notstand)
Schmidt, Thomas:	Die Freiheit verfassungswidriger Parteien und Vereinigungen. Zur Schrankenlehre im Rahmen von Art. 21 Abs. 2 und 9 Abs. 2 GG, Berlin 1983 (Schmidt, Freiheit verfassungswidriger Parteien)
Schmidt-Preuß, Matthias:	Verfassungsrechtliche Zentralfragen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen, Baden-Baden 1977 (Schmidt-Preuß, Zentralfragen)
Schneider, Hans Peter:	Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen, Frankfurt am Main 1969 (Schneider, Richterrecht)
Schneider, Ludwig:	Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art 19 Abs. 2 GG, Berlin 1983 (Schneider, Schutz des Wesensgehalts)
Scholz, Rupert:	Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971 (Scholz, Koalitionsfreiheit)
Ders.:	Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit anhand ausgewählter Entscheidungen zur Rechtsstellung von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, Stuttgart 1972 (Scholz, Grundrecht)
Ders.:	Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Fragen zur gesetzlichen Einführung der paritätischen Unternehmensmitbestimmung, Berlin 1974 (Scholz, Paritätische Mitbestimmung)

Scholz, Rupert/ Konzen, Horst:	Die Aussperrung im System von Arbeitsverfassung und kollektivem Arbeitsrecht, Berlin 1980 (Scholz/Konzen, Aussperrung)
Schulte, Hans:	Zur Dogmatik des Art. 14 GG, Karlsruhe 1979 (Schulte, Dogmatik)
Schulz-Schaeffer, Helmut:	Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz. Libertätsrechte und Vermutung für den Kernbereich der Freiheitsrechte, Berlin 1971 (Schulz-Schaeffer, Freiheitssatz)
Schulze-Osterloh, Lerke:	Das Prinzip der Eigentumsopferentschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht. Untersuchungen zu Inhalt und Geltungsbereich des verfassungsrechtlichen Entschädigungsgebots nach Art. 14 GG, Berlin 1980 (Schulze-Osterloh, Eigentumsopferentschädigung)
Schwabe, Jürgen:	Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977 (Schwabe, Grundrechtsdogmatik)
Schwerdtfeger, Gunther:	Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit. Rechtliche Ausgestaltung, Betätigungsbereiche, Umfeld, Berlin, Heidelberg, New York 1981 (Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit)
Seiter, Hugo:	Streikrecht und Aussperrungsrecht. Ein Arbeitskampfrechtssystem auf der Grundlage subjektiv-privater Kampfrechte, Tübingen 1975 (Seiter, Streikrecht)
Ders.:	Arbeitskampfparität und Übermaßverbot unter besonderer Berücksichtigung des "Boykotts" in der deutschen Seeschifffahrt, Düsseldorf, Frankfurt 1979 (Seiter, Arbeitskampfparität)
Simmer, Oskar:	Über Streiks und Aussperrungen und ihren Einfluss auf Lieferungsverträge, Diss. Jena 1915 (Simmer, Lieferungsverträge)
Stern, Ludwig:	Die zivilrechtliche Bedeutung des Streiks, Diss. Erlangen 1909 (Stern, Bedeutung des Streiks)
Stoll, Heinrich:	Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936 (Stoll, Leistungsstörungen)
Strempel, Dieter:	Arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen bei den Verträgen kampfbeteiligter mit kampfunbeteiligten Unternehmen, Diss. Münster 1969 (Strempel, Leistungsstörungen)

Thomas, Falk:	Auswirkungen von Streiks auf die Vertragshaftung des Unternehmers im Verhältnis zu Dritten nach deutschem und englischem Recht, Diss. Bonn 1971 (Thomas, Vertragshaftung)
Tomandl, Theodor:	Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes, Wien, New York 1965 (Tomandl, Streik und Aussperrung)
Völckers, Carl:	Die zivilrechtliche Bedeutung des Streiks gewerblicher Arbeiter, Diss. Erlangen 1912 (Völckers, Zivilrechtliche Bedeutung)
Walek, Gerhard:	Die Grenzen der Privatautonomie im Privatversicherungsrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Vertragsfreiheit, Diss. Erlangen-Nürnberg 1967 (Walek, Privatautonomie)
Walter, Hannfried:	Die Europäische Menschenrechtsordnung. Individualrechte, Staatenverpflichtungen und ordre public nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln, Berlin 1970 (Walter, Menschenrechtsordnung)
Wank, Rolf:	Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978 (Wank, Rechtsfortbildung)
Weber, Werner:	Die rechtliche Beurteilung der Verfassungsbeschwerde der IG Metall gegen das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 31. Oktober 1958, in: Weber, Werner/ Scheuner, Ulrich/Dietz, Rolf: Koalitionsfreiheit. Drei Rechtsgutachten, Berlin und Frankfurt a.M. 1961, S. 3-25 (Weber, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit)
Ders.:	Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1965 (Weber, Koalitionsfreiheit)
Weigand, Horst/ Wohlgemuth, Hans Hermann:	Arbeitskampf. Streik und Aussperrung in der Bundesrepublik Deutschland, Köln 1980 (Weigand/Wohlgemuth, Arbeitskampf)
Weireter, Albert:	Die Sozialadäquanz und ihre Bedeutung im Arbeitskampfrecht, Diss. Freiburg i.Br. 1965 (Weireter, Sozialadäquanz)
Wengler, Wilhelm:	Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat. Ein Beitrag zu der Frage des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich [illegible] (Wengler, Unanwendbarkeit)

Werneburg, Hans:	Streik, Aussperrung (Boykott) und Lieferungsverträge, Diss. Berlin 1919 (Werneburg, Streik)
Wiethölter, Rudolf:	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens. Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe 1960 (Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten)
Wohlgemuth, Hans Hermann:	Staatseingriff und Arbeitskampf. Zur Kritik der herrschenden Arbeitskampfdoktrin, Frankfurt am Main 1977 (Wohlgemuth, Staatseingriff)
Wolff, Artur:	Die Einwirkung des Streikes auf das Vertragsverhältnis des Unternehmers zum Dritten, Diss. Breslau 1913 (Wolff, Einwirkung des Streikes)
Wülfing, Thomas:	Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, Berlin 1981 (Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte)
Zacher, Hans F.:	Sozialpolitik und Verfassung im ersten Jahrzehnt in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1980 (Zacher, Sozialpolitik und Verfassung)
Zachert, Ulrich/ Metzke, Maria/ Hamer, Wolfgang:	Die Aussperrung. Zur rechtlichen Zulässigkeit und praktischen Durchsetzungsmöglichkeit eines Aussperrungsverbots, Köln 1978 (Zachert/Metzke/Hamer, Aussperrung)
Zimmermann, Klaus:	Die Sozialadäquanz im Zivilrecht, Diss. München 1961 (Zimmermann, Sozialadäquanz)
Zöllner, Wolfgang:	Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974 (Zöllner, Aussperrung)
Ders.:	Maßregelungsverbote und sonstige tarifliche Nebenfolgenklauseln nach Arbeitskämpfen - zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Tarifautonomie, Köln, Berlin, Bonn, München 1977 (Zöllner, Maßregelungsverbote)
Zöllner, Wolfgang/ Seiter, Hugo:	Paritätische Mitbestimmung und Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz, Köln, Berlin, Bonn, München 1970 (Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung)

IV. Beiträge in Sammelwerken

Badura, Peter: Das Recht der Koalition - Verfassungsrechtliche Fragestellungen -, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 15, Berlin 1978, S. 17-36 (Badura, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd.15)

Ballerstedt, Kurt: Zur Lehre vom Gattungskauf, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955. Herausgegeben von Rolf Dietz, Alfred Hueck, Rudolf Reinhardt, München und Berlin 1955, S. 261-282 (Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955)

Ders.: Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Dritter Band, 1. Halbband: Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung, Berlin 1958, S. 1-90 (Ballerstedt, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1.)

Baring, Martin: Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts eine Rechtsquelle?, Juristen-Jahrbuch 6. Band 1965/66, S. 27-51

Bernhardt, Rudolf: Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von Christian Starck. Zweiter Band Verfassungsauslegung, Tübingen 1976, S. 154-186 (Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II)

Birk, Rolf: Das Direktionsrecht, AR-Blattei, D, Direktionsrecht I

Blomeyer, Wolfgang: Das Übermaßverbot im Betriebsverfassungsrecht, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht. Herausgegeben von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 17-36 (Blomeyer, BAG-Festschrift)

Bötticher, Eduard: Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, in: Bötticher, Eduard: Gleichbe-

handlung und Waffengleichheit. Überlegungen zum Gleichheitssatz, Karlsruhe 1979, S. 31-50 (Bötticher, Gleichbehandlung)

Brox, Hans: Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965. Herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner, Band II, München und Berlin 1965, S. 55-77 (Brox, FS für Nipperdey 1965)

Buchner, Herbert: Inhalt des Tarifvertrags, AR-Blattei, D, Tarifvertrag V

Ders.: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gewerkschaftsbegriff, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht. Herausgegeben von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 55-70 (Buchner, BAG-Festschrift)

Bulla, Gustav-Adolf: Boykott und Sperre, AR-Blattei, D, Arbeitskampf IV (Stand der Bearbeitung: 29.6.1950)

Ders.: Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955. Herausgegeben von Rolf Dietz, Alfred Hueck, Rudolf Reinhardt, München und Berlin 1955, S. 163-192 (Bulla, FS für Nipperdey 1955)

Ders.: Sympathie-Massnahmen im Arbeitskampf, in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben im Auftrag der Mitarbeiter von Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1962, S. 293-306 (Bulla, FS für Molitor)

Ders.: Begriff und Arten des Streiks, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II A (Stand der Bearbeitung: 24.9.1963)

Ders.: Streikrecht und Streikfreiheit, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B (Stand der Bearbeitung: 24.9.1963)

Ders.: Streik und Rechtsordnung, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II C (Stand der Bearbeitung: 24.9.1963)

Ders.: Soziale Selbstverantwortung der Sozialpartner als Rechtsprinzip, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965. Herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner,

Band II, München und Berlin 1965, S. 79-104 (Bulla, FS für Nipperdey 1965)

Capodistrias, Joannis: Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965. Herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner, Band II, München und Berlin 1965, S. 105-127 (Capodistrias, FS für Nipperdey 1965)

Dietz, Rolf: Streik zur Durchsetzung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, in: Festschrift für Wilhelm Herschel. Beiträge zu Problemen des neuzeitlichen Arbeitsrechts, Stuttgart und Köln 1955, S. 47-54 (Dietz, FS für Herschel 1955)

Ders.: Die Koalitionsfreiheit, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Dritter Band, 1. Halbband: Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung, Berlin 1958, S. 417-473 (Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1.)

Ders.: Tarifrechtliche Fragen aus Anlaß des Beitritts eines Arbeitgebers zu einem Arbeitgeberverband, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965. Herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner, Band II, München und Berlin 1965, S. 141-157 (Dietz, FS für Nipperdey 1965)

Echterhölter, Rudolf: Einwirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht, AR-Blattei, D, Grundgesetz II

Fabricius, Fritz: Der Einfluß der Europäischen Sozialcharta auf nationale rechtliche Bewertungen von Streik und Aussperrung an Grundsatzfragen dargestellt am Bundesrecht der Bundesrepublik Deutschland, in: Stabilität im Wandel, Wirtschaft und Politik unter dem evolutionsbedingten Diktat. Festschrift für Bruno Gleitze zum 75. Geburtstag. Herausgegeben von Bodo B. Gemper, Berlin 1978, S. 463-509 (Fabricius, FS für Gleitze)

Farthmann, Friedhelm: Grundlagen, Geltungsbereich und Grundbegriffe, AR-Blattei, D, Arbeitszeit I B

Flume, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen

des Deutschen Juristentages 1860 - 1960, im Auftrage der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages herausgegeben von Ernst von Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange, Karlsruhe 1960, S. 135-238 (Flume, FS Deutscher Juristentag)

Fuchs, Anke: Tarifautonomie, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel unter Mitwirkung von Konrad Hesse, Berlin, New York 1983, S. 733-764 (Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts)

Galperin, Hans: Die autonome Rechtsetzung im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben im Auftrag der Mitarbeiter von Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1962, S. 143-160 (Galperin, FS für Molitor)

Ders.: Sozialadäquanz und Arbeitskampfordnung, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965. Herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner, Band II, München und Berlin 1965, S. 197-220 (Galperin, FS für Nipperdey 1965)

Gamillscheg, Franz: Mutterschutz und Sozialstaat, in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben im Auftrag der Mitarbeiter von Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1962, S. 57-82 (Gamillscheg, FS für Molitor)

Gernhuber, Joachim: Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 249-274 (Gernhuber, FS für Nikisch)

Gester, Heinz/
Wohlgemuth, Hans Hermann: Die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampf - Ergebnisse und offene Fragen, in: Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag. Herausgegeben von Peter Hanau, Gerhard Müller, Herbert Wiedemann, Otfried Wlotzke in Verbindung mit dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband e.V., München 1982, S. 117-135 (Gester/Wohlgemuth, FS für Herschel 1982)

Hanau, Peter:	Die neue Rechtsprechung zur gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 17, Berlin 1980, S. 37-56 (Hanau, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 17)
Heußner, Hermann:	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf. Herausgegeben von Thomas Dieterich, Franz Gamillscheg, Herbert Wiedemann, München 1983, S. 317-328 (Heußner, FS für Hilger und Stumpf)
Hoffmann, Reinhard:	Der Grundsatz der Parität und die Zulässigkeit der Aussperrung, in: Michael Kittner (Hrsg.): Streik und Aussperrung. Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13. bis 15. September 1973 in München, Frankfurt am Main 1974, S. 47-93 (Hoffmann, in: Kittner, Streik und Aussperrung)
Horion, Paul:	Zusammenfassender Bericht, in: Sammlung des Arbeitsrechtes, 2. Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, V. Streik und Aussperrung von G. Boldt, P. Durand, P. Horion, A. Kayser, L. Mengoni, A.N. Molenaar, Luxemburg 1961, S. 7-77 (Horion, Sammlung des Arbeitsrechts Bd. 2)
Hruschka, Joachim:	Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Uwe Diederichsen, München 1983, S. 257-289 (Hruschka, FS für Larenz 1983)
Huber, Ulrich:	Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973. Herausgegeben von Ernst Forsthoff, Werner Weber, Franz Wieacker, Göttingen 1973, S. 253-289 (Huber, FS für E.R. Huber)
Hueck, Alfred:	Grenzen des rechtmäßigen Streiks, in: Festschrift für Wilhelm Herschel. Beiträge zu Problemen des neuzeitlichen Arbeitsrechts, Stuttgart und Köln 1955, S. 27-45 (Hueck, FS für Herschel 1955)
Hueck, Alfred/ Richardi, Reinhard:	Rechtswirkungen des Tarifvertrages, AR-Blattei, D, Tarifvertrag VI

Hueck, Götz: Zur kollektiven Gestaltung der Einzelarbeitsverhältnisse, in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben im Auftrag der Mitarbeiter von Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1962, S. 203-228 (G. Hueck, FS für Molitor)

Isele, Hellmut Georg: Das suspendierte Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben im Auftrag der Mitarbeiter von Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1962, S. 107-121 (Isele, FS für Molitor)

Joachim, Hans G.: Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens "Arbeitskampf", in: Michael Kittner (Hrsg.): Streik und Aussperrung. Protokoll der wissenschaftlichen Veranstaltung der Industriegewerkschaft Metall vom 13. bis 15. September 1973 in München, Frankfurt a.M. 1974, S. 27-41 (Joachim, in: Kittner, Streik und Aussperrung)

Kleeberg, August: Ein Beitrag zur Revision der Begriffe Strike, Lockout und Boycott, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich. Achtundzwanzigster Jahrgang. Herausgegeben von Gustav Schmoller. Drittes Heft, Leipzig 1904, S. 225-262

Konzen, Horst: Koalitionsfreiheit und gewerkschaftliche Werbung im Betrieb, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 18, Berlin 1981, S. 19-33 (Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd 18)

Kraft, Alfons: Die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats während des Arbeitskampfes, in: Arbeitsleben und Rechtspflege. Festschrift für Gerhard Müller. Herausgegeben von Theo Mayer-Maly, Reinhard Richardi, Herbert Schambeck, Wolfgang Zöllner, Berlin 1981, S. 265-284 (Kraft, FS für G. Müller)

Krüger, Arno: Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, AR-Blattei, D, Berufsverbände IV

Laufke, Franz: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag. Herausgegeben in Gemeinschaft mit den Mitarbeitern von H.C. Nipperdey, I. Band, Berlin 1956, S. 145-188 (Laufke, FS für Lehmann)

Lehmann, Heinrich: Begrenzung der Rechtswidrigkeit unter vergleichender Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, in: Recht und Wirtschaft. Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag am 24. April 1958. Herausgegeben in Gemeinschaft mit den Mitarbeitern von Heinrich Lehmann, Hans Carl Nipperdey, Berlin 1958, S. 177-190 (Lehmann, FS für Hedemann)

Lenz, Helmut: Die unbehagliche Nähe der Koalitionsgarantie zum Sozialstaat, in: Gesellschaft, Recht und Politik, Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, herausgegeben von Heinz Maus in Zusammenarbeit mit Heinrich Düker, Kurt Lenk und Hans-Gerd Schumann, Neuwied und Berlin 1968, S. 203-238 (Lenz, FS für Abendroth)

Lieb, Manfred: Fernwirkungen von Arbeitskämpfen, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht. Herausgegeben von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 327-351 (Lieb, BAG-Festschrift)

Löwisch, Günther: Berichte im Plenum, Arbeitskreis I, Recht und Sozialpolitik Heft 40, Düsseldorf 1965, S. 60-63 (Löwisch, Plenumsbericht)

Löwisch, Manfred/ Krauß, Ernst-Friedrich: Der Streik, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II (Stand der Bearbeitung: 15.2.1978)

Dies.: Die Aussperrung, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III (Stand der Bearbeitung: 15.3.1973)

Mager, Ernst-Günther: Zur neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 15, Berlin 1978, S. 75-93 (Mager, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 15)

Mayer-Maly, Theo:	Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf, Recht und Sozialpolitik, Beilage zu Heft 40, Düsseldorf 1965, S. 1-10 (Mayer-Maly, Referat)
Ders.:	Thesen zum Referat "Die drittbetroffenen Betriebe im Arbeitskampf", Recht und Sozialpolitik Heft 40, Düsseldorf 1965, S. 48-49 (Mayer-Maly, Drittbetroffene Betriebe)
Mc Dougal, Myres S.:	Die Menschenrechte in den Vereinten Nationen, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey. Erster Band: Die Grundrechte in der Welt, 1. Halbband, Berlin 1966, S. 493-542 (Mc Dougal, in: Bettermann, Neumann, Nipperdey, Grundrechte I./1.)
Mengoni, Luigi:	Streik und Aussperrung nach italienischem Recht, in: Sammlung des Arbeitsrechtes, 2. Das Arbeitsrecht in der Gemeinschaft, V. Streik und Aussperrung von G. Boldt, P. Durand, P. Horion, A. Kayser, L. Mengoni, A.N. Molenaar, Luxemburg 1961, S. 237-311 (Mengoni, Sammlung des Arbeitsrechtes Bd. 2)
Müller, Franz:	Die Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf Lieferverpflichtungen der Unternehmer, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 4, Berlin 1967, S. 71-92 (Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4)
Müller, Gerhard:	Die Koalitionen in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Juristen-Jahrbuch 10. Band 1969/70, S. 125-156
Ders.:	Das Koalitionswesen und das Gemeinwohlpostulat - Überlegungen zu einem Grundproblem des Art. 9 Abs. 3 GG im Blick auch auf das Mitbestimmungsurteil des BVerfG -, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 17, Berlin 1980, S. 19-36 (Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 17)

Nikisch, Arthur:	Arbeitskampf und Arbeitsvertrag, in: Recht und Wirtschaft. Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zu seinem 80. Geburtstag am 24. April 1958. Herausgegeben in Gemeinschaft mit den Mitarbeitern von Heinrich Lehmann, Hans Carl Nipperdey, Berlin 1958, S. 191-206 (Nikisch, FS für Hedemann)
Nipperdey, Hans Carl:	Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann und Hans Carl Nipperdey. Vierter Band, 2. Halbband: Grundrechte und institutionelle Garantien, Berlin 1962, S. 741-909 (Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2.)
Ders.:	Das Erfordernis der Gegnerfreiheit bei Koalitionen, namentlich im öffentlichen Dienst, in: Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag 4. September 1965. Herausgegeben von Wolfgang Hefermehl und Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1965, S. 87-113, (Nipperdey, FS für Möhring)
Ders.:	Zur Abgrenzung der tariflichen Friedenspflicht, in: Festschrift für Hans Schmitz zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Theo Mayer-Maly, Albert Nowak, Theodor Tomandl, Band I, Wien 1967, S. 275-283 (Nipperdey, FS für Schmitz)
Nipperdey, Hans Carl/ Buchner, Herbert:	Übersicht über das Tarifrecht, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I B
Nipperdey, Hans Carl/ Säcker, Franz-Jürgen:	Die Tariffähigkeit und die Tarifzuständigkeit, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II A
Partsch, Karl Josef:	Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Karl August Bettermann, Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey. Erster Band: Die Grundrechte in der Welt, 1. Halbband, Berlin 1966, S. 235-492 (Partsch, in: Bettermann, Neumann, Nipperdey, Grundrecht I./1.)
Ramm, Thilo:	Arbeitgeber und Arbeitskampf, in: Gesellschaft, Recht und Politik, Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, herausgegeben von Heinz Maus in Zusammenarbeit mit

Heinrich Düker, Kurt Lenk und Hans-Gerd Schumann, Neuwied und Berlin 1968, S. 275-304 (Ramm, FS für Abendroth)

Reichel, Hans: Das kollektive Arbeitsrecht, AR-Blattei, D, Kollektives Arbeitsrecht I

Ders.: Notstandsverfassung, AR-Blattei, D, Notstandsgesetzgebung II

Reuß, Wilhelm: Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe, Juristen-Jahrbuch 4. Band 1963/64, S. 163-191

Reuter, Dieter: Gibt es eine arbeitsrechtliche Methode? Ein Plädoyer für die Einheit der Rechtsordnung, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf. Herausgegeben von Thomas Dieterich, Franz Gamillscheg, Herbert Wiedemann, München 1983, S. 573-599 (Reuter, FS für Hilger und Stumpf)

Richardi, Reinhard: Die arbeitsrechtliche Regelungsautonomie der Kirchen, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht. Herausgegeben von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 429-453 (Richardi, BAG-Festschrift)

Ders.: Gefahrtragungsregelung und Abwehrrecht bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen, in: Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung. Festschrift Rudolf Strasser zum 60. Geburtstag. Herausgegeben von Walter Schwarz, Oswin Martinek, Karl Spielbüchler, Konrad Grillberger, Peter Jabornegg, Wien 1983, S. 451-464 (Richardi, FS für Strasser)

Ders.: Arbeitskampf und betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmungsordnung, in: Justiz und Recht. Festschrift aus Anlaß des 10-jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie in Trier. Herausgegeben von Werner Schmidt-Hieber und Rudolf Wassermann, Heidelberg 1983, S. 111-129 (Richardi, FS Deutsche Richterakademie)

Ders.: Der Firmentarifvertrag und Besonderheiten des firmenbezogenen Verbandstarifvertrags, AR-Blattei, D, Tarifvertrag XIII

Rüfner, Wolfgang: Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von Christian Starck. Zweiter Band Verfassungsauslegung, Tübingen 1976, S. 453-

479 (Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II)

Rüthers, Bernd: Die Entwicklung des Arbeitskampfrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 10, Berlin 1973, S. 23-35 (Rüthers, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 10)

Ders.: Tarifautonomie und Schlichtungszwang, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, im Auftrag der Freunde und Schüler herausgegeben von Götz Hueck und Reinhard Richardi, München 1973, S. 299-321 (Rüthers, Gedächtnisschrift für Dietz)

Säcker, Franz-Jürgen: Das Verhältnis des Tarifvertrages zu den übrigen arbeitsrechtlichen Rechtsquellen, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I C

Ders.: Die Institutions- und Betätigungsgarantie der Koalitionen im Rahmen der Grundrechtsordnung, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 12, Berlin 1975, S. 17-67 (Säcker, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12)

Schirdewahn, Gerhard: Arbeitgeber, AR-Blattei, D, Arbeitgeber I

Schmidt-Rimpler, Walter: Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955. Herausgegeben von Rolf Dietz, Alfred Hueck, Rudolf Reinhardt, München und Berlin 1955, S. 1-30 (Schmidt-Rimpler, FS für Nipperdey 1955)

Schmitt, Carl: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin 1958 (Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze)

Schnorr, Gerhard: Kollektivmacht und Individualrechte im Berufsverbandswesen. (Zur Frage der "immanenten" Gewährleistungsschranken der Koalitionsfreiheit), in: Festschrift für

	Erich Molitor zum 75. Geburtstag 3. Oktober 1961. Herausgegeben im Auftrag der Mitarbeiter von Hans Carl Nipperdey, München und Berlin 1962, S. 229-252 (Schnorr, FS für Molitor)
Scholz, Rupert:	Bundesarbeitsgericht und Arbeitsverfassung, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht. Herausgegeben von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 511-540 (Scholz, BAG-Festschrift)
Seiter, Hugo:	Der Warnstreik im System des Arbeitskampfrechts, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht. Herausgegeben von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 583-604 (Seiter, BAG-Festschrift)
Ders.:	Unternehmensmitbestimmung und Tarifauseinandersetzungen. Folgerungen aus dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Arbeitsleben und Rechtspflege. Festschrift für Gerhard Müller. Herausgegeben von Theo Mayer-Maly, Reinhard Richardi, Herbert Schambeck, Wolfgang Zöllner, Berlin 1981, S. 589-608 (Seiter, FS für G. Müller)
Söllner, Alfred:	Das Begriffspaar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Art. 9 Abs. 3 GG, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und die Arbeitsgerichtsbarkeit, Nachschlagewerk für Wissenschaft und Praxis. Herausgegeben von Gerhard Müller, Band 16, Berlin 1979, S. 19-28 (Söllner, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 16)
Stahlhacke, Eugen:	Einzelarbeitsvertragsrecht, HzA Band I Gruppe 1
Stathopoulos, Michael:	Bemerkungen zum Verhältnis von Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983. Herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Uwe Diederichsen, München 1983, S. 631-647 (Stathopoulos, FS für Larenz 1983)
von Stebut, Dietrich:	Der Arbeitskampf als Prozeß, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf. Herausgegeben von Thomas Dieterich, Franz Gamillscheg, Herbert Wiedemann, München 1983, S. 657-685 (von Stebut, FS für Hilger und Stumpf)

Strauß, Walter:	Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit. Eine rechtsgeschichtliche Erinnerung, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag. Herausgegeben von Heinz Sauermann und Ernst-Joachim Mestmäcker, Tübingen 1975, S. 603-614 (Strauß, FS für Böhm)
Wannagat, Georg/ Pfaff, Richard:	Streik und Aussperrung im Sozialversicherungsrecht, in: In Memorium Sir Otto Kahn - Freund. Herausgeber: Franz Gamillscheg, Jean de Givry, Bob Hepple, Jean-Maurice Verdier, München 1980 (Wannagat/Pfaff, Gedächtnisschrift für Kahn - Freund)
Weber, Werner:	Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Herausgegeben von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Zweiter Band: Die Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954, S. 331-399 (Weber, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte II.)
Ders.:	Die Sozialpartner in der Verfassungsordnung, in: Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, Göttingen 1961, S. 239-261 (Weber, FS für OLG Celle)
Wieacker, Franz:	Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965. Herausgegeben von Rolf Dietz und Heinz Hübner, Band I, München und Berlin 1965, S.783-813 (Wieacker, FS für Nipperdey 1965)
Ders.:	Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung, in: Festschrift für Robert Fischer. Herausgegeben von Marcus Lutter, Walter Stimpel, Herbert Wiedemann, Berlin, New York 1979, S. 867-881 (Wieacker, FS für Fischer)
Wiedemann, Herbert:	Thesen zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung, in: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984. Herausgegeben von Gottfried Baumgärtel, Hans-Jürgen Becker, Ernst Klingmüller, Andreas Wacke, Berlin, New York 1984, S. 719-733 (Wiedemann, FS für Hübner)

Wintrich, Josef Marquard: Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG, in: Staat und Bürger. Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag. Herausgegeben von Theodor Maunz, Hans Nawiasky, Johannes Heckel, München und Berlin 1958, S. 1-11 (Wintrich, FS für Apelt)

Woltereck, Frank: Suspendierung des Arbeitnehmers, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII

Zöllner, Wolfgang: Die Zulässigkeit neuer Arbeitskampfformen, in: Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969. Herausgegeben von Karl August Bettermann und Albrecht Zeuner, Berlin 1969, S. 427-442 (Zöllner, FS für Bötticher)

V. Beiträge in Zeitschriften

Abendroth, Wolfgang: Nochmals: Der politische Streik. Wissenschaftliche Diskussion oder politische Treibjagd?, GewMH 1954, S. 258-263

Adomeit, Klaus: Grenzen der Tarifautonomie - neu gezogen, NJW 1984, S. 595-596

Ders.: Streik und Aussperrung - neu geordnet, NJW 1984, S. 773-774

Arens, Peter: Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170 (1970), S. 392-425

Arras, Gerth: Streikrecht und Arbeitsvertrag, NJW 1953, S. 241-243

Auffarth, Fritz: Der gegenwärtige Stand des Arbeitsrechts in der BRD unter besonderer Berücksichtigung des Streikrechts, RdA 1977, S. 129-135

Badura, Peter: Arbeitsgesetzbuch, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, RdA 1974, S. 129-138

Ballerstedt, Kurt: Arbeitskampf und Lohnrisiko, AuR 1966, S. 225-235

Bartholomeyczik, Horst: Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), S. 30-75

Battis, Ulrich/ Felkl-Brentano, Ingelar: Eigentum, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff - eine Zwischenbilanz, JA 1983, S. 494-499

Bauer, Fritz:	Politischer Streik und Strafrecht, JZ 1953, S. 649-653
Bauer, Jobst-Hubertus/ Röder, Gerhard:	Streik ohne Urabstimmung?, DB 1984 S. 1096-1099
Benda, Ernst:	Notstandsgesetzgebung und Wirtschaft. Keine Täuschung über tiefgreifende Auswirkungen, der ag 1967, S. 386-390
Berg, Hans:	Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation, NJW 1978, S. 2018-2019
von Beringe:	Streik und Aussperrung bei Auslandsgeschäften, DB 1963, S. 757-759
Beuthien, Volker:	Interessenausgleich und Sozialplan im Konkurs. Sozialer Fortschritt oder Bankrott der Konkursordnung?, RdA 1976, S. 147-161
Ders.:	Mitbestimmung unternehmerischer Sachentscheidungen kraft Tarif- oder Betriebsautonomie?, ZfA 1984, S. 1-30
Bieback, Karl-Jürgen:	Arbeitsverhältnis und Betriebsratsamt bei der außerordentlichen Kündigung von Betriebsratsmitgliedern, RdA 1978, S. 82-97
Ders.:	Der Warnstreik im System des Arbeitskampfrechts, AuR 1983, S. 361-371
Bieback, Karl Jürgen/ Mayer, Udo:	Mitbestimmung des Betriebsrats während des Arbeitskampfes, AuR 1982, S. 169-181
Biedenkopf, Kurt H.:	Rechtsfragen der konzertierten Aktion, BB 1968, S. 1005-1011
Bindokat, Heinz:	Mehrerlei Unrecht?, JZ 1958, S. 553-558
Binkert, Gerhard:	Gewerkschaftliche Boykottmaßnahmen und Arbeitskampfordnung, AuR 1979, S. 234-241
Birk, Rolf:	Boykott und einstweilige Verfügung im grenzüberschreitenden Arbeitskampf. (Bemerkungen zum Arbeitskampfrecht in der deutschen Seeschiffahrt), AuR 1974, S. 289-303
Ders.:	Das Arbeitskollisionsrecht der Bundesrepublik Deutschland, RdA 1984, S. 129-139
Blomeyer, Wolfgang:	Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1974, ZfA 1975, S. 243-340

Ders.:	Die Zulässigkeit von Tarifverträgen zugunsten gewerkschaftlicher Vertrauensleute, DB 1977, S. 101-113
Bobke, Manfred H.:	Richterrechtliche Grenzen des Arbeitskampfes, AuR 1982, S. 41-49
Ders.:	Rechtsfragen des Warnstreiks, BB 1982, S. 865-872
Ders.:	Arbeitskampf und Richterrecht, GewMH 1983, S. 437-448
Bötticher, Eduard:	Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis. (Zugleich eine Besprechung der gleichnamigen Schrift von Alfred Söllner), AuR 1967, S. 321-326
Ders.:	Rezension: Lerche, Peter, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg v.d.H. 1968,. RdA 1969, S. 367-369
Borrmann, Helga:	Auswirkungen des Arbeitskampfes auf außerhalb des umkämpften Tarifvertrages liegende Betriebe. Zum Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei Arbeitsausfall und Arbeitsstreckung sowie zur finanziellen Absicherung der Beschäftigten, DB 1978, S. 1978-1983
Braun, Johann:	Die Unmöglichkeit der Leistung (1. und 2. Teil), JA 1983, S. 488-493 u. S. 571-577
Brill, Werner:	Betriebsrat und Arbeitskampf, DB 1979, S. 403-405
Brox, Hans:	Die Folgen der Beteiligung des Arbeitnehmers am Streik für die Arbeitspflicht und den Anspruch auf Arbeitsvergütung, JA 1980, S. 628-634
Ders.:	Die Folgen des Streiks für die kämpfenden Verbände, JA 1981, S. 74-79
Ders.:	Aussperrung oder einstweilige Verfügung bei rechtswidrigem Streik? - Zum Verhältnis von Tarifrecht, Notwehrrecht und prozessualen Abwehrrechten -, JA 1982, S. 221-226
Buchner, Herbert:	Möglichkeiten und Grenzen betriebsnaher Tarifpolitik, DB 1970, S. 2025-2033 (Teil I) u. S. 2074-2080 (Teil II)
Ders.:	Konsolidierung des deliktsrechtlichen Unternehmensschutzes, DB 1979, S. 1069-1074

Bühler, O.:	Streikrecht oder nur Streikfreiheit?, ArbR 1923, S. 561-570
Bulla, Gustav-Adolf:	Das Prinzip der Sozialadäquanz im Arbeitsrecht, RdA 1962, S. 6-15
Ders.:	Rechtsfolgen von Aussperrungsmaßnahmen für Lieferungsverträge, DB 1963, S. 755-757
Bulla, Werner:	Tarifverträge über Rationalisierungsmaßnahmen in Betrieben und Unternehmen (I) - Probleme ihrer Zulässigkeit und Grenzen - DB 1980, S. 103-108
Buschmann, Rudolf:	Konsequenzen für den Arbeitskampf. Nachlese der Aussperrungsentscheidungen vom 10. Juni 1980 und vom 22. Dezember 1980, BlStSozArbR 1981, S. 97-102
Buschmann, Rudolf/ Heilmann, Joachim:	Aussperrungsexzesse, AuR 1982, S. 105-115
Bydlinski, Franz:	Vertragsrecht und Arbeitskampf, ÖZöffR Band VIII (Neue Folge) 1957/58, S. 300-372
Ders.:	Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, S. 149-155
Canaris, Claus-Wilhelm:	Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201-246
Coester-Waltjen, Dagmar:	Die Bedeutung des § 279 BGB für Leistungsverzögerungen, AcP 183 (1983), S. 279-294
Corts, Jochen:	Rezension: Prütting, Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast. Eine Untersuchung moderner Beweislasttheorien und ihrer Anwendung insbesondere im Arbeitsrecht, München 1983, RdA 1984, S. 374-375
Däubler, Wolfgang:	Die unverhältnismäßige Aussperrung - BAG (GS) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 43, JuS 1972, S. 642-648
Ders.:	Das Grundrecht auf Streik - eine Skizze, ZfA 1973, S. 201-226
Ders.:	Der Notdienst im Arbeitskampfrecht, AuR 1981, S. 257-265
Denck, Johannes:	Rezension: Schmid, Hans Dieter, Grundzüge des Arbeitsrechts, München 1981, RdA 1985, S. 47-49
Deutsch, Erwin:	Gefährdungshaftung: Tatbestand und Schutzbereich, JuS 1981, S. 317-325

Dietz, Rolf:	Grundfragen des Streikrechts, JuS 1968, S. 1-10
Ehmann, Horst/ Schnauder, Franz:	Das Lohnrisiko im Arbeitsfrieden und im Arbeitskampf. Von der Betriebs- zur Arbeitskampfrisikolehre, Jura 1983, S. 181-185 u. S. 238-250
Eich, Rolf-Achim:	Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei arbeitskampfbedingten Maßnahmen des Arbeitgebers, DB 1979 (Beilage 9), S. 1-12
Eichler, Hermann:	Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, AcP 162 (1963), S. 401-420
Eichmanns, Max:	Der Grundsatz der Kampfparität - der augenblickliche Stand der Debatte, RdA 1977, S. 135-140
Erdsiek, Gerhard:	Umwelt und Recht. Sympathiestreik bei ausländischem Arbeitskampf. - Die französische Justizreform, NJW 1959, S. 2198-2200
Esser, Josef:	Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963, S. 489-494
Esser, Otto:	Zum Streik in der Stahlindustrie, der ag 1979, S. 56-57
Ders.:	Drei Argumente zur Arbeitszeitfrage, der ag 1983, S. 288
Ders.:	Der Verlust der Parität gefährdet die Tarifautonomie, der ag 1985, S. 40
Fabricius, Fritz:	Einwirkungen von Streik und Aussperrung auf den Arbeitsvertrag, RdA 1962, S. 94-102
Fangmann, Helmut:	Richterverhältnis und Meinungsfreiheit, AuR 1985, S. 7-14
Farthmann, Friedhelm:	Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Regelung der Arbeitszeit, RdA 1974, S. 65-72
Feucht, Klaus:	Gedanken zur Tarifautonomie in Zeiten verschlechterter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen, BB 1982, S. 250-253
Forsthoff, Ernst:	Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Strukturanalytische Bemerkungen zum Übergang vom Rechtsstaat zum Justizstaat, DÖV 1959, S. 41-44

Frey, Erich:	Muß der Streikwillige kündigen?, AuR 1953, S. 289-292
Galperin, Hans:	Begriff und Legitimität der Aussperrung, BB 1965, S. 93-99
Gamillscheg, Franz:	Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), S. 385-445
Ders.:	Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts. Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und BGB, AcP 176 (1976), S. 197-220
Gentz, Manfred:	Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, S. 1600-1607
Gester, Heinz/ Kittner, Michael:	Personalratsamt und Koalitionsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG, RdA 1971, S. 161-174
Gitter, Wolfgang:	Probleme des Arbeitskampfes in supranationaler und international-privatrechtlicher Sicht, ZfA 1971, S. 127-150
Glückert, Jürgen:	Verfassungsrechtliche Anerkennung der Aussperrung?, DB 1968, S. 2279-2281
Grabitz, Eberhard:	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 568-616
Hagemeier, Christian:	Überlegungen zur Tariffähigkeit von Vereinigungen von Führungskräften, DB 1984, S. 718-722
Hanau, Peter:	Streiks im öffentlichen Dienst. Eine rechtspolitische Nachlese, ZRP 1974, S. 111-114
Ders.:	Der Frühwarnstreik, DB 1982, S. 377-382
Ders.:	Zum Kernbereich des Koalitionswesens, AuR 1983, S. 257-265
Hanau, Peter/Kroll, Joachim:	Nochmals: Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern bei der Aussperrung, JZ 1980, S. 181-185
Heinze, Meinhard:	Mitbestimmung des Betriebsrates und Arbeitskampf, DB 1982 (Beilage 23), S. 1-20
Henke, Wilhelm:	Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts - Ergänzungen und Korrekturen -, DÖV 1980, S. 621-633

Herschel, Wilhelm:	Tariffähigkeit und Unabhängigkeit, JZ 1965, S. 81-86
Ders.:	Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Sozialer Fortschritt 1980, S. 217-220
Ders.:	Kernbereichslehre und Kodifikationsprinzip in der Tarifautonomie, AuR 1981, S. 265-269
Ders.:	Der Warnstreik, RdA 1983, S. 364-367
Ders.:	Tarifautonomie und Betriebsautonomie, AuR 1984, S. 321-323
Hessel, Philipp:	Probleme des Streikrechts, BB 1951, S. 85-87
Ders.:	Streikrecht und Arbeitsvertrag, RdA 1952, S. 48-50
Ders.:	Das kollektive Element im Einzelarbeitsverhältnis, DB 1958, S. 837-838
Hoeniger, Heinrich:	Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes, RdA 1953, S. 204-211
Hönn, Günther:	Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984, S. 57-74
Hoffmann, Reinhard:	Beamtentum und Streik, AöR 91 (1966), S. 141-192
Hoffmann, Rudolf:	Aktuelle Rechtsfragen des Warnstreiks, DB 1981, S. 1188-1190
Hohn, Hannsjosef:	Unternehmerhaftung gegenüber Geschäftspartnern bei Arbeitskämpfen, DB 1965, S. 501-506
von Hoyningen-Huene, Gerrick:	Die Bezugnahme auf den Tarifvertrag - ein Fall der Tarifbindung, RdA 1974, S. 138-152
Huber, Ulrich:	Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Licht des Haager einheitlichen Kaufrechts, JZ 1974, S. 433-440
Hueck, Alfred:	Probleme des Streikrechts, RdA 1956, S. 201-206
Ders.:	Die Bedeutung des Notstandsrechts für das Arbeitskampfrecht, RdA 1968, S. 430-432
Isele, Hellmut Georg:	Grundfragen der Aussperrung, JuS 1964, S. 41-46

Ders.:	Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, NJW 1964, S. 1441-1449
Kammerer, Klaus:	Koalitionsfreiheit und Arbeitsverhältnis. (Zur Grundrechtsbegrenzung und Zulässigkeit arbeitsvertraglicher Sanktionen), AuR 1984, S. 65-78
Kaufmann:	Die Einwirkung des Streiks auf den Arbeitsvertrag, DB 1951, S. 466-467
Kempen, Otto Ernst:	Unzeitgemäße Überlegungen zum Arbeitskampfrecht. (Zum Urteil des LAG Baden-Württemberg v. 10.10.1978), AuR 1979, S. 74-78
Ders.:	Zwischen Delikt und Demokratie: Arbeitskampf in der Kontroverse, AuR 1984, S. 225-232
Kimminich, Otto:	Das Völkerrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 93 (1968), S. 485-537
Kittner, Michael:	Parität im Arbeitskampf? Überlegungen zur Forderung nach dem Verbot der Aussperrung, GewMH 1973, S. 91-104
Ders.:	Ökonomische, rechtliche und strategische Aspekte gewerkschaftlicher Lohnpolitik, GewMH 1973, S. 400-412
Ders.:	Zur verfassungsrechtlichen Zukunft von Reformpolitik, Mitbestimmung und Gewerkschaftsfreiheit. Bemerkungen nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, GewMH 1979, S. 321-342
Kleiner, Niels-Peter:	Zum Verbot der (Abwehr-) Aussperrung, ZRP 1976, S. 265-267
Koch, Harald:	Grundprobleme der Abstandsnahme vom Vertrag, JuS 1983, S. 489-495
Konzen, Horst:	Übernahme und Unterstützung wilder Streiks durch Gewerkschaften - zugleich ein Beitrag zur Theorie vom einheitlichen Streikgeschehen -, ZfA 1970, S. 159-195
Ders.:	Der Arbeitskampf im Verfassungs- und Privatrechtssystem, AcP 177 (1977), S. 473-542
Ders.:	Die Besondere Entscheidung: Parität, Übermaßverbot und Aussperrungsquoten, Jura 1981, S. 585-589

Konzen, Horst/ Scholz, Rupert:	Die begrenzte Aussperrung - Zur neuen Aussperrungsjudikatur des Bundesarbeitsgerichts -, DB 1980, S. 1593-1600
Kraft, Alfons:	Arbeitsvertrag und kollektive Kampfmaßnahmen, RdA 1968, S. 286-295
Ders.:	Das sogenannte einheitliche Geschehen des Streiks und seine Rechtswidrigkeit, RdA 1968, S. 434-437
Ders.:	Probleme im Spannungsfeld zwischen Betriebsverfassungsrecht und Koalitionsfreiheit, ZfA 1973, S. 243-262
Kraft, Alfons/ Hönn, Günther:	Streikhilfeabkommen im Schnittpunkt von Kartell- und Arbeitsrecht. Zur rechtlichen Beurteilung des Vertragswerks "Hilfeleistung im Arbeitskampf" im Bereich der chemischen Industrie, ZHR 141 (1977), S. 230-255
Kreutz, Peter:	Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem neuen Betriebsverfassungsgesetz, BlStSozArbR 1972, S. 44-51
Krey, Volker:	Grundzüge des Strafverfahrensrechts (4. Teil), JA 1983, S. 638-643
Krichel, Ulrich:	Hessisches Aussperrungsverbot. Rechtlich ohne Bedeutung, der ag 1979, S. 957-961
Kriele, Martin:	Vorbehaltlose Grundrechte und die Rechte anderer, JA 1984, S. 629-638
Krohn, Günter:	Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie nach der "Naßauskiesungsentscheidung" des Bundesverfassungsgerichts, WM 1984, S. 825-828
Krückmann, Paul:	Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß; zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz, AcP 101 (1907), S. 1-307
Ders.:	Zur Streikklausel, AcP 101 (1907), S. 429-434
Ders.:	Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, AcP 116 (1918), S. 157-481
Kupisch, Berthold:	Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB), JuS 1983, S. 817-825

Lauschke, Gerd:	Zur Haftung des Unternehmers für Ausfall seiner Lieferungen wegen Arbeitskampfes, DB 1966, S. 137-143
Lieb, Manfred:	Gedanken zur Aussperrung, DB 1980, S. 2188-2195
Ders.:	Die Zulässigkeit von Demonstrations- und Sympathiearbeitskämpfen - zugleich ein Beitrag zur Rechtslage bei unklarem Kampfziel -, ZfA 1982, S. 113-173
Ders.:	Zur Zulässigkeit kampfgebietsausweitender Aussperrungen. Überlegungen über den Umfang arbeitskampftaktischer Spielräume auf Arbeitgeberseite, DB 1984 (Beilage 20), S. 1-12
Löffler, Martin:	Dürfen Presse-Betriebe bestreikt werden? Ein Beitrag zum Problem der Bestreikung lebenswichtiger Betriebe, NJW 1962, S. 1601-1605
Ders.:	Arbeitskampfrecht und Pressefreiheit, NJW 1977, S. 2061-2062
Löwisch, Manfred:	Leistungsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, DB 1962, S. 761-763
Ders.:	Probleme der Zulässigkeit von Sympathiestreik und Sympathieaussperrung, RdA 1962, S. 314-317
Ders.:	Zur Frage des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bei Betriebsstörungen infolge von Arbeitskämpfen, DB 1963, S. 899-901
Ders.:	Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung von Forderungsverletzungen, AcP 165 (1965), S. 421-452
Ders.:	Lohnansprüche bei Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen, RdA 1967, S. 45-50
Ders.:	Die Voraussetzungen der Tariffähigkeit, ZfA 1970, S. 295-318
Ders.:	Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht - Bemerkungen zum Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21.4.1971 -, ZfA 1971, S. 319-345
Ders.:	Arbeitskampf und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), S. 202-264
Ders.:	Arbeitskampfklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1974, S. 1493-1499

Ders.:	Besteht ein Grund, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Aussperrung zu ändern?, RdA 1980, S. 1-14
Löwisch, Manfred/ Hartje, Jürgen:	Der wilde Streik nach dem Recht der Bundesrepublik, RdA 1970, S. 321-333
Löwisch, Manfred/ Schüren, Peter:	Warnstreik und "Neue Beweglichkeit". Zur rechtlichen und rechtspolitischen Problematik der sog. Warnstreikentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 17.12.1976, BB 1982, S. 1373-1379
Lorenz, Werner:	Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung, JZ 1960, S. 108-114
Loritz, Karl-Georg:	Der Verzicht auf Schadensersatzansprüche in tarifvertraglichen Maßregelungsklauseln, ZfA 1982, S. 77-112
May, Erich:	Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund, NJW 1958, S. 1262-1265
von Maydell, Bernd:	Arbeitskampf oder politischer Streik? - Zur rechtlichen Wertung der für den 19.12.1979 geplanten Arbeitsniederlegung bei Rundfunk und Fernsehen -, JZ 1980, S. 431-436
Mayer, Udo:	Tarifvertragliche Maßregelungsverbote nach Teilnahme an Warnstreiks, BlStSozArbR 1977, S. 241-247
Ders.:	Fernwirkung von Arbeitskämpfen und Mitbestimmung des Betriebsrats, AuR 1980, S. 65-73
Mayer-Maly, Theo:	Leistungsdifferenzierung und Tarifmachtbegrenzung, BB 1966, S. 1067-1070
Ders.:	Notstandsverfassung und Arbeitskampf, BB 1967, S. 1126-1128
Ders.:	Zum Verständnis der Kampfparität, RdA 1968, S. 432-434
Ders.:	Aussperrung und Parität, DB 1979, S. 95-100
Ders.:	Druck und Recht im Arbeitsrecht, RdA 1979, S. 356-358
Ders.:	Lohnzahlungspflicht und Kurzarbeit in mittelbar kampfbetroffenen Betrieben, BB 1979, S. 1305-1312
Ders.:	Der Warnstreik, BB 1981, S. 1774-1780

Meissinger, Hans:	Streik und Arbeitsvertrag, NJW 1955, S. 972-975
Ders.:	Die Streikabwehraussperrung der Arbeitgeber in rechtlicher Betrachtung, DB 1956, S. 1085-1087
Menzel, Eberhard:	Die strukturelle Desorganisation des öffentlichen Dienstes in der Bundesrepublik, DÖV 1969, S. 513-526
Merten, Detlef:	Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit Art. 2 I GG in der Entwicklung, JuS 1976, S. 345-351
Meyer, Jürgen A.E.:	Von der "sozialen Adäquanz" zur "Verhältnismäßigkeit der Kampfmaßnahmen", ZRP 1974, S. 253-257
Mincke, Wolfgang:	Forderungsrechte als "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB, JZ 1984, S. 862-866
Mückenberger, Ulrich:	Der Arbeitskampf als staatlich inszeniertes Ritual. - Zu den Aussperrungsurteilen des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juni 1980 -, BlStSozArbR 1980, S. 241-246 u. S. 257-262
Müller, Gerhard:	Grundfragen des Streikrechts, RdA 1951, S. 247-250
Ders.:	Der Arbeitskampf als Rechtsinstitution - Gedanken zum Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland, AuR 1972, S. 1-9
Ders.:	Fragen zum Arbeitskampfrecht nach dem Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, GewMH 1972, S. 273-286
Ders.:	Die rechtliche Behandlung abhängiger fremdbestimmter Arbeit bei Berührungen mit Deutschland und Italien, RdA 1973, S. 137-147
Ders.:	Das Koalitionswesen, insbesondere das Gewerkschaftswesen, nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, RdA 1979, S. 361-370
Ders.:	Gesetzgebung und Richterrecht, DB 1981, S. 93-102
Ders.:	Überlegungen zu Streik und Aussperrung in Anknüpfung an Aussagen des Bundesarbeitsgerichts, DB 1981 (Beilage 7), S. 1-12

Ders.:	Die Grundlagen des deutschen Arbeitskampfrechts, DB 1982 (Beilage 16), S. 1-20
Ders.:	Überlegungen zum ultima-ratio-Prinzip im Blick auf die Europäische Sozialcharta, DB 1984, S. 2692-2695
Ders.:	Arbeitsrecht und soziale Grundrechte - Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnungen, AuR 1985, S. 40-48
von Münch, Ingo:	Verfassungsrechtliche Grundlagen des Arbeitskampfrechts, Jura 1979, S. 25-34
von Mutius, Albert:	Die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG, Jura 1984, S. 193-203
Nickel, Egbert:	Der Warnstreik in der Arbeitskampfordnung. (Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 17.12.1976), AuR 1977, S. 311-317
Niese, Werner:	Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht. Betrachtungen eines Strafrechtlers zu Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Tübingen 1952/55, JZ 1956, S. 457-466
Nikisch, Arthur:	Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechts, der ag 1951, S. 24-31
Nipperdey, Hans Carl:	Das Recht des Streiks in Deutschland, SJZ 1949, S. 811-816
Ders.:	Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, S. 1777-1782
Ders.:	Rechtsprobleme der Aussperrung und des Streiks, DB 1963, S. 1613-1615
Ders.:	Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, S. 1985-1994
Nipperdey, Hans Carl/ Säcker, Franz-Jürgen:	Suspendierende und lösende Arbeitskampfmittel. Zum Vorlagebeschluß des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 3.9.1968, BB 1969, S. 321-326
Nüss, Herbert:	Auswirkung von Streik und Aussperrung auf Arbeitsverhältnisse, NJW 1961, S. 1957-1959

Olzen, Dirk:	Die geschichtliche Entwicklung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs, JuS 1984, S. 328-335
Otto, Hansjörg:	Die Aussperrung im Licht der Urteile des BAG aus dem Jahre 1980, RdA 1981, S. 285-294
O.V.:	Begriffliche Probleme im Zusammenhang mit Beliehenen, JA 1969, S. 745-746
O.V.:	Verfassungsbeschwerde gegen BAG-Urteil, der ag 1985, S. 6
Pachtenfels, Jürgen:	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im arbeitsvertraglichen Kündigungsrecht. Entwicklungstendenzen in der neueren Rechtsprechung vor dem Hintergrund der heutigen Massenarbeitslosigkeit, BB 1983, S. 1479-1482
Peters, Frank:	Zum Problem der Drittschadensliquidation, AcP 180 (1980), S. 329-372
Pfarr, Heide M.:	Gewerkschaftliche Rechte im Betrieb. (Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts v. 8.12.1978), AuR 1979, S. 242-245
Pieroth, Bodo:	Geschichte der Grundrechte, Jura 1984, S. 568-578
von Pollern, Hans-Ingo:	Forum: Immanente Grundrechtsschranken - eine Bestandsaufnahme, JuS 1977, S. 644-648
Raiser, Ludwig:	Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1-8
Raiser, Thomas:	Der Kampf um die Aussperrung, ZRP 1978, S. 200-205
Ramm, Thilo:	Streik und Arbeitsvertragsbruch, AuR 1964, S. 129-137
Ders.:	Der Streik als unerlaubte Handlung. (Eine kritische Betrachtung), AuR 1964, S. 321-329
Ders.:	Der wilde Streik, AuR 1964, S. 353-362
Ders.:	Sozialadäquanztheorie und freiheitlicher sozialer Rechtsstaat, AuR 1966, S. 161-166
Ders.:	Koalitionsbegriff und Tariffähigkeit - BVerfGE 18, 18, JuS 1966, S. 223-230
Ders.:	Die Rechtsprechung des BAG. Schlußwort, JZ 1966, S. 214-222

Ders.:	Die Anerkennung des Streikrechts, AuR 1967, S. 97-110
Ders.:	Der nichtgewerkschaftliche Streik (I. und II. Teil). (Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.10.1969 - 1 AZR 93/68), AuR 1971, S. 65-78 u. S. 97-107
Rebe, Bernd:	Zur Abgrenzung von vertraglicher Drittschutzwirkung und Drittschadensliquidation, JA 1979, S. 148-150
Rebel, Wolfgang:	Die Zulässigkeit des Warnstreiks, RdA 1979, S. 207-216
Reimann, Mathias:	Der Rechtsschutz gegen politische Streiks in den USA, RdA 1985, S. 34-39
Reimann, Wolfgang:	Zur Bedeutung des Gerichtsgebrauchs im Rahmen von Art. 31 GG, DVBl 1969, S. 951-953
Reinicke, G./Reinicke, D.:	Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts (II), NJW 1955, S. 1662-1666
Reuß, Wilhelm:	Rechtsfolgen der Aussperrung. (Zum Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 25.1.1963), AuR 1963, S. 225-232
Ders.:	Arbeitskampfbereitschaft als Voraussetzung der Tarifhoheit. Zum Beschluß des BAG vom 19.1.1962 und zum Urteil des BVerfG vom 6.5.1964, RdA 1964, S. 362-368
Ders.:	Vertragsauflösende Arbeitskämpfe?, JZ 1965, S. 233-238
Ders.:	Das Problem der Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen beim Zusammentreffen von rechtmäßigen mit rechtswidrigen Arbeitskampfzielen, AuR 1966, S. 33-34
Ders.:	Arbeitskampf im Bereich der öffentlichen Verwaltung, DVBl 1968, S. 57-62
Ders.:	Die Bedeutung des Gemeinwohls für die Tarifhoheit, ZfA 1970, S. 319-338
Ders.:	Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 1971, S. 353-363
Ders.:	Tarifautonomie und Richterrecht, AuR 1972, S. 136-147
Reuter, Dieter:	Die (persönliche und amtliche) Rechtsstellung des Betriebsrats im Arbeitskampf, AuR 1973, S. 1-9

Ders.:	Nochmals: Die unverhältnismäßige Aussperrung - BAG (GS) AP, Art. 9 GG - Arbeitskampf - Nr. 43, JuS 1973, S. 284-290
Ders.:	Streik und Aussperrung, RdA 1975, S. 275-288
Richardi, Reinhard:	Die Stellung des Arbeitskampfes in der gesamtwirtschaftlichen Rechtsordnung, RdA 1966, S. 241-249
Ders.:	Koalitionsgewalt und individuelle Koalitionsfreiheit, AöR 93 (1968), S. 243-269
Ders.:	Aussperrung und Arbeitsverhältnis, RdA 1970, S. 65-73
Ders.:	Der Beschluß des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April 1971, RdA 1971, S. 334-346
Ders.:	Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974, S. 3-27
Ders.:	Sozialplan im Konkurs, DB 1976 (Beilage 6), S. 1-11
Ders.:	Zugangsrecht der Gewerkschaften zum Betrieb, DB 1978, S. 1736-1743
Ders.:	Die Verhältnismäßigkeit von Streik und Aussperrung, NJW 1978, S. 2057-2066
Ders.:	Auswirkungen eines Arbeitskampfes auf Schuldverhältnisse mit Dritten, JuS 1984, S. 825-836
Roth, Günter H.:	Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS 1968, S. 101-108
Rüthers, Bernd:	Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, AuR 1967, S. 129-138
Ders.:	Arbeitskampf und Notstandsverfassung, DB 1968, S. 1948-1952
Ders.:	Zur Beseitigung von Arbeitsverträgen durch Aussperrung, DB 1969, S. 967-972
Ders.:	Rechtsprobleme des "tarifbezogenen" wilden Streiks, DB 1970, S. 2120-2129
Ders.:	Zur Kampfparität im Arbeitskampfrecht, JurA 1970, S. 85-111

Ders.:	Gewerkschaftliche Mitgliederwerbung im Betrieb und in der Dienststelle - BAG, AP Art. 9 GG Nr. 10 und BVerfG, NJW 1970, 1635, JuS 1970, S. 607-611
Ders.:	Arbeitgeber und Gewerkschaften - Gleichgewicht oder Dominanz -, DB 1973, S. 1649-1656
Ders.:	Die Kontrolle der sozialen Koalitionen (Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände) durch Verwaltung und Rechtsprechung. Deutscher Landesbericht für den XI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Caracas, 29. August bis 5. September 1982, ZfA 1982, S. 237-256
Ders.:	Sonderarbeitskampfrecht der Presse?, NJW 1984, S. 201-208
Säcker, Franz-Jürgen:	Arbeitskampf und Arbeitsplatzrisiko. Eine Grundsatzfrage des Arbeitskampfrechts (Teil I und II), DB 1969, S. 1890-1896 u. S. 1940-1945
Ders.:	Gewerkschaften und wilder Streik, BB 1971, S. 962-967
Ders.:	Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampf-Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 21. April und 26. Oktober 1971, GewMH 1972, S. 287-299
Ders.:	Die Regelung sozialer Angelegenheiten im Spannungsfeld zwischen tariflicher und betriebsvereinbarungsrechtlicher Normsetzungsbefugnis, ZfA 1972 (Sonderheft), S. 41-70
Ders.:	Gewerkschaftliches Zutrittsrecht zum Betrieb, AuR 1979, S. 39-42
Ders.:	Das abgestufte Kampfmittelsystem der Arbeitgeberseite bei rechtmäßigen Angriffsstreiks nach den Entscheidungen des BAG v. 10.6.1980, DB 1980, S. 1276
Scheuner, Ulrich:	Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte zu der Fortbildung des Arbeitskampfrechts im Beschluß des Großen Senats vom 21. April 1971, RdA 1971, S. 327-334
Schlüchter, Ellen:	Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA 1984, S. 673-680

Schmid, Hans Dieter:	Arbeitskampfklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Zeitungsbezugsvertrages, NJW 1979, S. 15-20
Schmidt, Karsten:	Geld und Geldschuld im Privatrecht. Eine Einführung in ihre Grundlagen, JuS 1984, S. 737-747
Schmidt, Walter:	Das neue Vereinsgesetz und Art. 9 Abs. 2, 18 des Grundgesetzes, NJW 1965, S. 424-429
Ders.:	Grundrechtstheorie im Wandel der Verfassungsgeschichte, Jura 1983, S. 169-180
Schmidt-Rimpler, Walter:	Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), S. 130-197
Schmidt-Salzer, Joachim:	Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht, NJW 1970, S. 8-15
Schnapp, Friedrich E.:	Grenzen der Grundrechte, JuS 1978, S. 729-735
Ders.:	Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs, JuS 1983, S. 850-855
Schneider, Hans-Peter:	Beamte im Streikeinsatz, RdA 1982, S. 104-114
Schnorr, Gerhard:	Das Recht zur fristlosen Entlassung wegen Streikbeteiligung, AuR 1953, S. 193-198
Scholz, Rupert:	Rezension: Säcker, Franz-Jürgen, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969, RdA 1970, S. 210-213
Ders.:	Arbeitsverfassung und Richterrecht, DB 1972, S. 1771-1780
Ders.:	Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975), S. 80-130 u. S. 265-290
Ders.:	Verfassungsfragen zum Schutz des Nichtrauchers. Untersuchung auf der Grundlage des Nichtraucher-Schutzprogramms von Bundesregierung und Landesregierungen, DB 1979 (Beilage 10), S. 1-23
Schulin, Bertram:	Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1980, ZfA 1981, S. 577-739
Schwerdtner, Peter:	Verträge mit Schutzwirkung für Dritte, Jura 1980, S. 493-501

Ders.:	Ausgewählte Probleme des Arbeitsvertragsrechts, Jura 1983, S. 429-437
Ders.:	Teilnahme am rechtmäßigen Streik als Vertragsbruch? - Von der Vertragsbruchtheorie zur sog. Suspendierungstheorie -, Jura 1985, S. 19-24
Seipp, Paul:	Streik und Streikrecht, BlStSozArbR 1952, S. 366-367
Seiter, Hugo:	Die Rechtsgrundlagen der suspendierenden Abwehraussperrung, JA 1979, S. 337-347
Ders.:	Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern bei der Aussperrung. Überlegungen zur Entwicklung eines neuen Kampfmittels, JZ 1979, S. 657-665
Ders.:	Mitbestimmung des Betriebsrats bei vorübergehender Stillegung mittelbar arbeitskampfbetroffener Betriebe?, RdA 1979, S. 393-400
Ders.:	Zwischenbilanz im Kampf um die Aussperrung, NJW 1980, S. 905-913
Ders.:	Nochmals: Differenzierung zwischen Gewerkschaftsmitgliedern und Außenseitern bei der Aussperrung, JZ 1980, S. 749-754
Ders.:	Die neue Aussperrungsrechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts - Zu den Urteilen des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juni 1980 -, RdA 1981, S. 65-93
Ders.:	Die neue Betriebsrisiko- und Arbeitskampfrisikolehre. Zu den Beschlüssen des Bundesarbeitsgerichts vom 22.12.1980 (1 ABR 2/79 und 1 ABR 76/79), DB 1981, 321 ff., DB 1981, S. 578-587
Ders.:	"Neue Beweglichkeit" durch Warnstreiks?, JZ 1983, S. 773-777
Ders.:	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 9 Abs. 3 GG, AöR 109 (1984), S. 88-136
Söllner, Alfred:	Zur Zulässigkeit der Aussperrung nach geltendem Recht aus rechtsgeschichtlicher Sicht - insbesondere auch zur Rechtslage im Lande Hessen -, RdA 1980, S. 14-22
Sonnenschein, Jürgen:	Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte - und immer neue Fragen, JA 1979, S. 225-231

Steding, Ulrich:	Die Drittschadensliquidation, JuS 1983, S. 29-32
Ders.:	Der praktische Fall Bürgerliches Recht: Ein unglückseliger Weinkauf, JuS 1983, S. 617-620
Stoll, Hans:	Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, S. 137-143
Ders.:	Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963), S. 203-236
Streckel, Siegmar:	Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums im Jahre 1982, ZfA 1983, S. 199-299
Tettinger, Peter J.:	Grundlinien der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG, Jura 1981, S. 1-9
Wahl, Rainer:	Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20 (1981), S. 485-516
Wallraff, Herman Josef:	Ethische Urteile über den Arbeitskampf und ihre Grenzen, AuR 1966, S. 1-7
Weber-Will, Susanne/ Kern, Bernd-Rüdiger:	Ein Beitrag zur Dogmatik des § 279 BGB, JZ 1981, S. 257-262
Weiss, Manfred:	Arbeitskampfbedingte Störungen in Drittbetrieben und Lohnanspruch der Arbeitnehmer, AuR 1974, S. 37-49
Ders.:	Die Rolle des Betriebsrats im Arbeitskampf tariffähiger Parteien, AuR 1982, S. 265-271
Ders.:	Sonderarbeitskampfrecht der Presse?, AuR 1984, S. 97-104
Weitnauer, Hermann:	Rechtmäßigkeit und rechtliche Folgen des "wilden" Streiks (Teil I), DB 1970, S. 1639-1644
Welzel, Hans:	Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491-566
Wenzel, Leonhard:	Das Arbeitskampfrecht als Prüfstein des Richterrechts, DB 1981, S. 1135-1139
Wieacker, Franz:	Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1957, S. 535-537
Wiedemann, Herbert:	Die deutschen Gewerkschaften - Mitgliederverband oder Berufsorgan? Gedanken zur Stellung der Gewerkschaften gegenüber der nichtorganisierten Arbeitnehmerschaft, RdA 1969, S. 321-336

Wiese, Günther:	Stellung und Aufgaben des Betriebsrats im Arbeitskampf, NZA 1984, S. 378-383
Wittig, Peter:	Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, DÖV 1968, S. 817-825
Wohlgemuth, Hans Hermann:	Kampfparität und öffentliche Meinung, AuR 1978, S. 325-329
Ders.:	Aussperrung und Grundgesetz, BB 1979, S. 111-115
Ders.:	Rechtsfragen des Solidaritätsstreiks, AuR 1980, S. 33-43
Ders.:	Neue Grundsatzurteile des Bundesarbeitsgerichts zur Aussperrung. Anmerkung, MitbG 1980, S. 175-178
Ders.:	Rezension: Binkert, Gerhard, Gewerkschaftliche Boykottmaßnahmen im System des Arbeitskampfrechts, Berlin 1981, AuR 1983, S. 374-375
Wohlgemuth, Hans Hermann/ Bobke, Manfred H.:	Die Aussperrungsurteile des Bundesarbeitsgerichts vom 20. Juni 1980, Darstellung, Kritik und praktische Konsequenzen, BB 1981, S. 2141-2147
Wolf, Manfred:	Tarifautonomie, Kampfparität und gerechte Tarifgestaltung, ZfA 1971, S. 151-179
Wolter, Henner:	Arbeitskampfrecht - Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung -, AuR 1979, S. 333-341
Wunner, Sven Erik:	Zielkonflikte bei der Anwendung des § 286 I BGB neben dem Rücktritt, NJW 1985, S. 825-830
Wussow, Werner:	Zur Lehre von der Sozialadäquanz, NJW 1958, S. 891-894
Zechlin, Lothar:	Beeinträchtigungen der Koalitionsfreiheit durch Subventionsauflagen, NJW 1985, S. 585-592
Zeuner, Albrecht:	Arbeitskampf und Arbeitsvertrag. Zum Verhältnis von Individual- und Kollektivkräften im Arbeitsrecht, JZ 1962, S. 425-429
Zippelius, Reinhold:	Erfolgsunrecht oder Handlungsunrecht?, NJW 1957, S. 1707-1708
Zitscher, Wolfram:	Der "Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" im Arbeitsvertragsrecht als Blankettformel, BB 1983, S. 1285-1291

Zöllner, Wolfgang: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 9 Abs. 3 GG, AöR 98 (1973), S. 71-102

Ders.: Über einige extreme Thesen zum Arbeitskampfrecht, ZfA 1973, S. 227-242

Zöllner, Wolfgang/ Seiter, Hugo: Paritätische Mitbestimmung und Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz, ZfA 1970, S. 97-158

VI. Beiträge in Zeitungen

Bobke, Manfred H.: Das neue Schlichtungsabkommen bei Metall erlaubt die "Warnstreiks", HB v. 23.11. 1983, Nr. 225, S. 4

Gesamtmetall: Bei der 35-Stunden-Woche gibt es keine Kompromisse, HB v. 28.4.1983, Nr. 82, S. 1.

Mundorf, Hans: Die Abtreibung, HB v. 16.12.1982, Nr. 241, S. 2

Ders.: Eine Mißtrauenserklärung gegen den 1. BAG-Senat, HB v. 22.12.1982, Nr. 245, S. 3

O.V.: Das BAG hätte klarere Lösungen finden müssen, HB v. 14.12.1982, Nr. 239, S. 5

O.V.: Die IG Metall zieht ihre Rechtsbeschwerde zurück, HB v. 16.12.1982, Nr. 241, S.1

O.V.: Das BAG antwortet auf die Kritik der IG Metall, HB v. 5.1.1983, Nr. 3, S. 3

O.V.: Gewerkschaft zerlegt das Bonner Bedingungspaket, HB v. 17.11.1983, Nr. 221, S. 5

O.V.: O.T., FAZ v. 30.6.1984, Nr. 141, S. 1

O.V.: Hauser will unabhängige Streikrechts-Kommission, HB v. 3./4.8.1984, Nr. 145, S. 3

O.V.: Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes wird vom Bundesverfassungsgericht überprüft, HB v. 19./20.10.1984, Nr. 200, S. 7

O.V.: Das Richterrecht ist gefährlich geworden, HB v. 4./5.1.1985, Nr. 3, S. 1

O.V.: Das Bundesarbeitsgericht importiert europäische Rechtsgrundsätze, HB v. 10.1.1985, Nr.7, S. 3

Schröder, Volker: Bußgeldkatalog für Trittbrettfahrer, HB v. 29.9.1983, Nr. 188, S. 2

Seiter, Hugo: Das schwierige Gleichgewicht. Kommt eine Revision der Rechtsprechung zur Aussperrung?, FAZ v. 2.3.1985, Nr. 52, S. 15

VII. Entscheidungsanmerkungen

Badura, Peter: Anm. zu ArbG Stuttgart v. 4.2.1972 - 6 BV 3/71, EzA Art. 9 GG Nr. 9

Ballerstedt, Kurt: Anm. zu OLG Freiburg v. 26.10.1950 - 2 U 3/50, JZ 1951, S. 227-229

Bettermann, Karl August: Anm. zu BGH v. 4.3.1957 - GZS 1/56, NJW 1957, S. 986-987

Bürig, E.: Anm. zu BAG v. 6.7.1956 - 1 AZB 18/55, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953

Bulla, Gustav-Adolf: Anm. zu BAG v. 19.1.1962 - 1 ABR 14/60, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II, Entscheidungen 3

Ders.: Anm. zu BAG v. 20.12.1963 - 1 AZR 428/62, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, Entscheidungen 11

Ders.: Anm. zu BVerfG v. 6.5.1964 - 1 BvR 79/62, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II, Entscheidungen 3 a

Canaris, Claus-Wilhelm: Anm. zu BAG v. 17.10.1969 - 3 AZR 442/68, AP Nr. 7 zu § 611 BGB "Treuepflicht"

Däubler, Wolfgang: Anm. zu BAG v. 15.3.1977 - 1 ABR 16/75, AuR 1977, S. 286-288

Dietz, Rolf: Anm. zu LAG Hannover v. 16.1.1952 - Sa 700/51, BB 1952, S. 294-296

Dütz, Wilhelm: Anm. zu LAG Baden-Württemberg v. 10.10.1978 - 1 Sa 30/78, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 27

Ders.: Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.1980 - 1 ABR 2/79 u. 1 ABR 76/79, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8

Ehmann, Horst/ Schnauder, Franz: Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.1980 - 1 ABR 2/79 u. 1 ABR 76/79, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8

Grunsky, Wolfgang: Anm. zu BAG v. 15.3.1977 - 1 ABR 16/75, JZ 1977, S. 473-474

Hanau, Peter:	Anm. zu BAG v. 22.12.1980 - 1 ABR 2/79, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 18
Ders.:	Anm. zu BAG v. 22.12.1980 - 1 ABR 76/79, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 19
Herschel, Wilhelm:	Anm. zu BAG v. 9.7.1968 - 1 ABR 2/67, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II, Entscheidungen 7
Kittner, Michael:	Anm. zu BVerfG v. 18.12.1974 - 1 BvR 430/65 u. 259/69, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG
Ders.:	Anm. zu BVerfG v. 19.2.1975 - 1 BvR 418/71, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Konzen, Horst:	Gemeinsame Anm. zu BAG v. 14.2.1978, AP Nr. 57-59 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, AP Nr. 59 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Ders.:	Gemeinsame Anm. zu BAG v. 8.12.1978 - 1 AZR 303/77 u. BAG v. 23.2.1979 - 1 AZR 540/77, AP Nr. 28 u. 29 zu Art. 9 GG
Larenz, Karl:	Anm. zu BGH v. 25.4.1956 - VI ZR 34/55, NJW 1956, S. 1193-1194
Löwisch, Manfred:	Anm. zu LAG Hamm v. 16.6.1981 - 6 Sa 436/78, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 20
Löwisch, Manfred/ Mikosch, Ernst:	Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80 - 1 AZR 168/79 u. 1 AZR 822/79, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, Entscheidungen 7
Mayer-Maly, Theo:	Anm. zu BAG v. 20.12.1963 - 1 AZR 428/62, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Ders.:	Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64-66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Meisel, Peter G.:	Anm. zu BAG v. 6.3.1979 - 1 AZR 866/77, AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972
Molitor, Erich:	Anm. zu BAG v. 22.1.1959 - 1 AZR 535/55, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII, Entscheidungen 1
Neumann-Duesberg, Horst:	Anm. zu BAG v. 19.1.1962 - 1 ABR 14/60, AP Nr. 13 zu § 2 TVG
Nipperdey, Hans Carl/ Säcker, Franz-Jürgen:	Anm. zu BAG v. 3.9.1968 - 1 AZR 113/68, AP Nr. 39 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Reuter, Dieter:	Anm. zu BAG v. 14.11.1974 - 1 ABR 65/73, SAE 1976, S. 15-18

Ders.:	Anm. zu BAG v. 17.12.1976 - 1 AZR 605/75, JuS 1977, S. 558-559
Richardi, Reinhard:	Anm. zu BAG v. 26.10.1971 - 1 AZR 113/68, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Ders.:	Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.1980 - 1 ABR 2/79 u. 1 ABR 76/79, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Rüthers, Bernd:	Anm. zu BAG v. 17.12.1976 - 1 AZR 605/75, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Ders.:	Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80 - 1 AZR 168/79; 1 AZR 822/79 u. 1 AZR 331/79, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 37
Rüthers, Bernd/ Klosterkemper, Heinz:	Anm. zu BAG v. 24.4.1979 - 1 ABR 43/77, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
Schwabe, Jürgen:	Anm. zu BVerfG v. 11.10.1978 - 1 BvR 84/74, DVBl 1979, S. 667-668
Ders.:	Anm. zu BVerfG v. 17.2.1981 - 2 BvR 384/78, DÖV 1981, S. 796-798
Seiter, Hugo:	Anm. zu LAG Hamm v. 3.11.1978 - 3 TaBV 96/78, EzA § 87 BetrVG 1972 "Arbeitszeit" Nr. 6
Ders.:	Anm. zu LAG München v. 19.12.1979 - 9 Sa 1015/79, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 35

VIII. Gesetzesmaterialien

BT-Drucksache V/1879, S. 1-37

BT-Drucksache V/2873, S. 1-32

Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen v. 11.1.1952, BGBl. 1952 I, S. 17-19

Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 7.8.1952, BGBl. 1952 II, S. 685-700

Gesetz über das Zusatzprotokoll vom 20. März 1952 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 20.12.1956, BGBl. 1956 II, S. 1879-1883

Gesetz zum Übereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes v. 20.12.1956, BGBl. 1956 II, S. 2072-2078

Gesetz über die Bildung eines Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung v. 14.8.1963, BGBl. 1963 I, S. 685-686

Gesetz zur Europäischen Sozialcharta vom 18.10.1961 v. 19.9.1964, BGBl. 1964 II, S. 1261-1286

Siebzehntes Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes v. 24.6.1968, BGBl. 1968 I, S. 709-714

Gesetz zu dem Internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 23.11.1973, BGBl. 1973 II, S. 1569-1582

Hernekamp, Karl: Arbeitskampf, Berlin, New York 1975 (Hernekamp, Arbeitskampf)

O.V.: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe. Zweite unveränderte Auflage. Berlin 1896 (Mot. II)

E N T S C H E I D U N G S V E R Z E I C H N I S

I. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

3.10.1951	1 BvR 103/51	BVerfGE 1, S. 7-8
30. 7.1952	1 BvF 1/52	BVerfGE 1, S. 396-415
17.12.1953	1 BvL 59/52	BVerfGE 3, S. 187-208
18.12.1953	1 BvL 106/53	BVerfGE 3, S. 225-248
20.10.1954	1 BvR 527/52	BVerfGE 4, S. 52-60
18.11.1954	1 BvR 629/52	AP Nr. 1 zu Art. 9 GG
16. 1.1957	1 BvR 253/56	BVerfGE 6, S. 32-45
10. 5.1957	1 BvR 550/52	BVerfGE 6, S. 389-443
15. 1.1958	1 BvR 400/51	BVerfGE 7, S. 198-230
11. 6.1958	1 BvR 596/56	BVerfGE 7, S. 377-444
23.10.1958	1 BvL 45/56	BVerfGE 8, S. 210-221
12.11.1958	2 BvL 4, 26, 40/56, 1, 7/57	BVerfGE 8, S. 274-332
3.12.1958	1 BvR 488/57	BVerfGE 9, S. 3-20
17.12.1958	1 BvR 615/52	BVerfGE 9, S. 63-73
14. 4.1959	1 BvL 23, 34/57	BVerfGE 9, S. 237-250
16. 6.1959	1 BvR 71/57	BVerfGE 9, S. 338-354
22. 6.1960	2 BvR 125/60	BVerfGE 11, S. 234-239
11.10.1960	2 BvR 329/60	BVerfGE 11, S. 326-328
16. 5.1961	2 BvF 1/60	BVerfGE 12, S. 341-354
13.10.1961	1 BvR 730/57	BVerfGE 13, S. 174-178
24. 1.1962	1 BvL 32/57	BVerfGE 13, S. 290-318
24. 1.1962	1 BvR 232/60	BVerfGE 13, S. 318-331
14. 4.1964	2 BvR 69/62	AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern
6. 5.1964	1 BvR 79/62	AP Nr. 15 zu § 2 TVG
30.11.1965	2 BvR 54/62	BVerfGE 19, S. 303-323 = AP Nr. 7 zu Art. 9 GG
14.12.1965	1 BvL 14/60	BVerfGE 19, S. 330-342

20. 4.1966 1 BvR 20/62 u. 27/64, BVerfGE 20, S. 31-34

19. 7.1966 2 BvF 1/65 AP Nr. 2 zu Art. 21 GG

5. 8.1966 1 BvF 1/61 BVerfGE 20, S. 150-162

19.10.1966 1 BvL 24/65 AP Nr. 24 zu § 2 TVG

15. 3.1967 1 BvR 575/62 BVerfGE 21, S. 227-239

23. 1.1968 1 BvR 709/66 BVerfGE 23, S. 50-61

18.12.1968 1 BvR 638, 673/64 u. 200, 238, 249/65, BVerfGE 24, S. 367-424

28. 1.1969 2 BvL 15/67 BVerfGE 25, S. 371-408

29. 1.1969 1 BvR 26/66 BVerfGE 25, S. 167-198

15. 1.1970 1 BvR 13/68 BVerfGE 27, S. 344-355

18. 3.1970 2 BvO 1/65 BVerfGE 28, S. 119-151

26. 5.1970 1 BvR 83, 244 u. 345/69, BVerfGE 28, S. 243-264

26. 5.1970 2 BvR 664/65 BVerfGE 28, S. 295-310 = AP Nr. 16 zu Art. 9 GG

14.10.1970 1 BvR 307/68 BVerfGE 29, S. 221-245

24. 2.1971 1 BvR 435/68 BVerfGE 30, S. 173-227

16. 3.1971 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, S. 292-336

19.10.1971 1 BvR 387/65 BVerfGE 32, S. 98-111

11. 4.1972 2 BvR 75/71 BVerfGE 33, S. 23-42

25. 4.1972 1 BvL 13/67 BVerfGE 33, S. 52-90

10. 5.1972 1 BvR 286, 293, 295/65, BVerfGE 33, S. 171-192

14. 2.1973 1 BvR 112/65 BVerfGE 34, S. 269-293

27. 2.1973 2 BvL 27/69 AP Nr. 7 zu § 19 HAG

5. 6.1973 1 BvR 536/72 BVerfGE 35, S. 202-245

29. 5.1974 2 BvL 52/71 BVerfGE 37, S. 271-305

12.11.1974 1 BvR 32/68 BVerfGE 38, S. 175-187

18.12.1974 1 BvR 430/65 u. 259/66, BVerfGE 38, S. 281-312 = AP Nr. 23 zu Art. 9 GG

15. 1.1975 2 BvR 65/74 BVerfGE 38, S. 312-325

19. 2.1975 1 BvR 418/71 AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

25. 2.1975 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, S. 1-95

9. 4.1975 1 BvR 344/73 BVerfGE 39, S. 258-276

28. 4.1976 1 BvR 71/73 BVerfGE 42, S. 133-143

24. 5.1977 2 BvL 11/74 AP Nr. 15 zu § 5 TVG

28. 2.1979 1 BvR 317/74 BVerfGE 50, S. 256-264

1. 3.1979 1 BvR 532/77, 533/77, 419/78,
1 BvL 21/78, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG

2. 7.1979 1 BvR 335/78 AP Nr. 61 a zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

5.11.1980 1 BvR 290/78 NJW 1981, S. 673-674

17. 2.1981 2 BvR 384/78 AP Nr. 9 zu Art. 140 GG

20.10.1981 1 BvR 404/78 AP Nr. 31 zu § 2 TVG

16.11.1982 1 BvL 16/75 u. 36/79, BVerfGE 62, S. 256-294

19.10.1983 2 BvR 485/80 u. 2 BvR 486/80, BB 1984, S. 141-143

II. Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes

6. 5.1971 Vf. 16-VII-70 AP Nr. 19 zu § 1 TVG

III. Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

15. 1.1955 1 AZR 305/54 AP Nr. 4 zu Art. 3 GG

27. 1.1955 2 AZR 479/54 BAGE 1, S. 279-281

28. 1.1955 GS 1/54 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

4. 5.1955 1 AZR 493/54 BAGE 2, S. 75-81 = AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

30. 8.1955 7 RAr 40/55 AP Nr. 1 zu § 99 AVAVG

5. 9.1955 1 AZR 480-489/54 AP Nr. 3 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

29. 9.1955 2 AZR 504/54 AP Nr. 4 zu Art.9 GG "Arbeitskampf"

6. 7.1956 1 AZB 18/55 AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953

9.10.1956 3 AZR 643/54 BAGE 3, S. 159-163

8. 2.1957 1 AZR 169/55 AP Nr. 1 zu § 1 TVG "Friedenspflicht"

8. 2.1957 1 AZR 338/55 AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"

23. 3.1957 1 AZR 64/56 AP Nr. 18 zu Art. 3 GG

11. 6.1957	2 AZR 15/57	BAGE 4, S. 189-191
25. 7.1957	1 AZR 194/56	AP Nr. 3 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"
24. 1.1958	1 AZR 132/57	AP Nr. 4 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"
21.10.1958	3 Sa 189/58	AP Nr. 10 zu § 1 ArbKrankhG
31.10.1958	1 AZR 632/57	AP Nr. 2 zu § 1 TVG "Friedenspflicht"
14.11.1958	1 AZR 247/57	AP Nr. 4 zu § 1 TVG "Friedenspflicht"
28.11.1958	1 AZR 199/58	AP Nr. 3 zu Art. 6 Abs. 1 GG "Ehe und Familie"
17.12.1958	1 AZR 349/57	AP Nr. 3 zu § 1 TVG "Friedenspflicht"
22. 1.1959	1 AZR 535/55	AP Nr. 2 zu § 7 AltbankenG Berlin
11. 2.1960	5 AZR 79/58	AP Nr. 20 zu Art. 12 GG
19. 1.1962	1 ABR 14/60	AP Nr. 13 zu § 2 TVG
30. 5.1963	5 AZR 282/62	AP Nr. 15 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"
2. 8.1963	1 AZR 9/63	AP Nr. 5 zu Art. 9 GG
15.11.1963	1 ABR 5/63	AP Nr. 14 zu § 2 TVG
6.12.1963	1 AZR 223/63	AP Nr. 31 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
20.12.1963	1 AZR 428/62	AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
20.12.1963	1 AZR 157/63	AP Nr. 34 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
28. 4.1966	2 AZR 176/65	AP Nr. 37 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
14. 2.1967	1 AZR 494/65	BAGE 19, S. 217-229 = AP Nr. 10 zu Art. 9 GG
29.11.1967	GS 1/67	AP Nr. 13 zu Art. 9 GG
9. 7.1968	1 ABR 2/67	AP Nr. 25 zu § 2 TVG
11.11.1968	1 AZR 16/68	BAGE 21, S. 201-210
3.10.1969	3 AZR 400/68	AP Nr. 12 zu § 15 AZO
21.10.1969	1 AZR 93/68	AP Nr. 41 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
21. 4.1971	GS 1/68	AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
23. 4.1971	1 ABR 26/70	AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG 1953
26.10.1971	1 AZR 113/68	AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
26.10.1971	1 AZR 245/68	AP Nr. 45 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
19. 6.1973	1 AZR 521/72	AP Nr. 47 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

11. 9.1975	3 AZR 561/74	NJW 1976, S. 1229-1230
7.11.1975	5 AZR 61/75	AP Nr. 30 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"
21.11.1975	1 ABR 12/75	AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG 1972
17.12.1976	1 AZR 605/75	AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
15. 3.1977	1 ABR 16/75	AP Nr. 24 zu Art. 9 GG
13. 7.1977	1 AZR 336/75	AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 "Kurzarbeit"
14. 2.1978	1 AZR 54/76	AP Nr. 57 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
14. 2.1978	1 AZR 76/76	AP Nr. 58 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" = DB 1978, S. 1403-1405
14. 2.1978	1 AZR 103/76	AP Nr. 59 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" = DB 1978, S. 1403-1405
14. 2.1978	1 AZR 280/77	AP Nr. 26 zu Art. 9 GG
14. 3.1978	1 ABR 2/76	AP Nr. 30 zu § 2 TVG
21. 3.1978	1 AZR 11/76	AP Nr. 62 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
23. 2.1979	1 AZR 540/77	AP Nr. 29 zu Art. 9 GG
23. 2.1979	1 AZR 172/78	AP Nr. 30 zu Art. 9 GG
6. 3.1979	1 AZR 866/77	AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972
24. 4.1979	1 ABR 43/77	AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
10. 6.1980	1 AZR 822/79	AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
10. 6.1980	1 AZR 168/79	AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
10. 6.1980	1 AZR 331/79	AP Nr. 66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
10. 6.1980	1 AZR 690/79	AP Nr. 67 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
22.12.1980	1 ABR 2/79	AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
22.12.1980	1 ABR 76/79	AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
26. 1.1982	1 AZR 610/80	AP Nr. 35 zu Art. 9 GG
30. 3.1982	1 AZR 265/80	DB 1982, S. 2139-2141
16.11.1982	1 ABR 22/78	DB 1983, S. 1151-1152
21.12.1982	1 AZR 411/80	DB 1983, S. 1098-1100
1. 2.1983	1 ABR 33/78	DB 1983, S. 1660-1661
29.11.1983	1 AZR 469/82	ZIP 1984, S. 737-745
12. 9.1984	1 AZR 342/83	DB 1984, S. 2563-2571

26. 9.1984 4 AZR 608/83 DB 1985, S. 343-344

5. 3.1985 1 AZR 468/83 DB 1985, S. 601

12. 3.1985 1 AZR 636/82 DB 1985, S. 712

IV. Entscheidungen des Bundesfinanzhofes

30.10.1970 VI R 273/67 AP Nr. 42 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

V. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes

23. 5.1951 II ZR 71/50 BGHZ 2, S. 177-192

25.10.1951 III ZR 95/50 BGHZ 4, S. 1-5

26.10.1951 I ZR 8/51 BGHZ 3, S. 270-285

30.10.1951 I ZR 117/50 BGHZ 3, S. 308-316

10. 6.1952 GSZ 2/52 BGHZ 6, S. 270-295

19. 6.1952 III ZR 295/51 BGHZ 7, S. 30-53

1. 4.1953 II ZR 235/52 BGHZ 9, S. 157-179

14. 7.1953 V ZR 97/52 BGHZ 10, S. 266-285

6. 9.1953 I VRG 11/53 BGHZ 11, Anhang S. 34-81

30.10.1953 V ZR 76/52 LM Nr. 4 zu § 275 BGB

4.11.1953 VI ZR 64/52 BGHZ 11, S. 151-156

12. 4.1954 GSZ 1/54 BGHZ 13, S. 88-106

21. 4.1954 VI ZR 55/53 BGHZ 13, S. 111-115

31. 5.1954 GSZ 2/54 BGHZ 13, S. 360-370

23. 6.1954 VI ZR 89/53 LM Nr. 3 zu § 323 Abs. 1 BGB

9. 7.1955 VI ZR 108/54 LM Nr. 7 zu § 275 BGB

29. 1.1957 I ZR 53/55 BGHZ 23, S. 184-198

4. 2.1957 III ZR 181/55 BGHZ 23, S. 235-241

14. 2.1957 VII ZR 287/56 BGHZ 23, S. 319-324

4. 3.1957 GSZ 1/56 BGHZ 24, S. 21-30

2. 4.1957 VI ZR 9/56 BGHZ 24, S. 72-83

27. 6.1957 III ZR 51/56 BGHZ 25, S. 60-66

12. 7.1957	I ZR	4/56	DB 1957, S. 990-991
22.10.1957	VIII ZR	295/56	LM Nr. 5 zu § 323 Abs. 1 BGB
19.12.1957	III ZR	134/57	BGHZ 26, S. 200-204
20. 5.1958	VI ZR	104/57	BGHZ 27, S. 284-291
9.12.1958	VI ZR	199/57	BGHZ 29, S. 65-75
9. 5.1960	III ZR	57/59	NJW 1960, S. 1618-1620
15. 3.1962	III ZR	211/60	BGHZ 37, S. 44-51
4. 2.1964	VI ZR	25/63	BGHZ 41, S. 123-128
6.11.1964	VI ZR	24/63	DÖV 1964, S. 203
31. 1.1966	III ZR	110/64	NJW 1966, S. 1120-1122
30. 3.1966	VII ZR	23/65	BGHZ 45, S. 311-313
22. 5.1967	III ZR	124/66	DVBl 1968, S. 22-23
30.10.1967	VII ZR	82/65	BGHZ 49, S. 19-24
24.11.1967	V ZR	196/65	BGHZ 49, S. 340-350
18.12.1967	II ZR	211/65	AP Nr. 38 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
27. 3.1968	VIII ZR	10/66	BGHZ 50, S. 32-39
30. 9.1969	VI ZR	254/67	NJW 1970, S. 38-41
21.10.1969	VI ZR	67/68	NJW 1970, S. 137-138
6.10.1970	VI ZR	56/69	NJW 1971, S. 31-32
12. 7.1972	VIII ZR	200/71	NJW 1972, S. 1702-1703
28. 9.1972	II ZR	5/70	AP Nr. 21 zu Art. 9 GG
15.11.1973	III ZR	113/71	LM Art. 14 (B) GG Nr. 1
8. 2.1974	V ZR	21/72	BGHZ 62, S. 119-125
13. 2.1975	VI ZR	92/73	NJW 1975, S. 867-869
23. 6.1975	III ZR	55/73	NJW 1975, S. 1880-1881
11. 1.1977	VI ZR	261/75	NJW 1977, S. 2073-2074
28. 2.1977	II ZR	52/75	BGHZ 69, S. 82-89
16. 6.1977	III ZR	179/75	AP Nr. 53 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
23.10.1979	VI ZR	230/77	NJW 1980, S. 881-883
28. 2.1980	III ZR	131/77	NJW 1980, S. 2457-2460

26. 1.1983 VIII ZR 342/81 BB 1983, S. 524-527

24. 6.1983 V ZR 113/82 NJW 1984, S. 42-43

6.12.1984 VII ZR 227/83 WM 1985, S. 199-202

VI. Entscheidungen des Bundessozialgerichts

9. 7.1963 9 RV 1114/59 AP Nr. 30 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

15.12.1971 3 RK 87/68 AP Nr. 46 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

VII. Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

15.12.1953 BVG I C 90/53 NJW 1954, S. 524-525

18. 2.1955 V C 75.54 BVerwGE 1, S. 321-329

20. 5.1955 V C 14.55 BVerwGE 2, S. 114-117

20. 5.1955 V C 15.55 BVerwGE 2, S. 118-122

24. 5.1956 I C 92.55 BVerwGE 3, S. 303-304

4. 7.1956 V C 199.55 BVerwGE 4, S. 24-51

14. 3.1969 VII C 37.67 DVBl 1970, S. 735-736

10. 5.1984 2 C 18/82 DVBl 1984, S. 952-955

VIII. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts

20. 6.1928 RAG. 72/28 Bens. Samml. Bd. 3, S. 116-123

IX. Entscheidungen des Reichsgerichts

6. 2.1923 III 93/22 RGZ 106, S. 272-277

27. 9.1938 I 36/38 RGZ 158, S. 321-334

17. 1.1940 II 82/39 RGZ 163, S. 21-35

X. Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte

1. Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg
10.10.1978 1 Sa 30/78 AuR 1979, S. 94-96

2. Landesarbeitsgericht Bayern
26.10.1953 II 158/53 AuR 1954, S. 380-382

3. Landesarbeitsgericht Bremen

23.11.1983	2 Sa	291/82	BB 1984, S. 1230-1231

4. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

11.12.1978	7 Ta	239/78	DB 1979, S. 167-168

5. Landesarbeitsgericht Frankfurt

12.10.1973	5 TaBV	4/73	DB 1974, S. 289-291
17. 4.1979	4/5 Sa	1033/78	AuR 1979, S. 317-320
5. 6.1984	5 SaGa	677/84	NZA 1984, S. 128-130

6. Landesarbeitsgericht Hamburg

28.11.1952	20 Sa	566/62 u.	
	20 Sa	576/52	BB 1952, S. 262
28. 5.1984	5 TaBV	4/84	DB 1984, S. 1579-1581

7. Landesarbeitsgericht Hamm

3.11.1978	3 TaBV	96/78	EzA § 87 BetrVG 1972 "Arbeitszeit" Nr. 6
26. 4.1979	8 Sa	56/79	EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 31
30. 5.1979	12 TaBV	27/79	DB 1979, S. 1657-1659
24. 4.1980	8 Sa	1259/79	EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 39
16. 6.1981	6 Sa	436/78	AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 20
9.12.1982	8 Sa	408/79	DB 1983, S. 558-560
19. 4.1984	8 Sa	702/84	DB 1984, S. 1525-1527

8. Landesarbeitsgericht Kiel

14. 9.1954	2 Sa	129/54	DB 1954, S. 868
10.12.1959	1 Sa	62-75/59	AP Nr. 8 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko"

9. Landesarbeitsgericht Köln

23. 3.1984	6 Sa	1121/83	NJW 1985, S. 399-400
2. 7.1984	9 Sa	602/84	DB 1984, S. 2095-2097

10. Landesarbeitsgericht München

28. 6.1954	391/53	I	BB 1954, S. 836-837
19.12.1979	9 Sa	1015/79	EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 35

11. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

31. 1.1984	7 Sa	88/82	BB 1984, S. 914-915

12. Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

9.12.1983	3(4) Sa	777/82	BB 1984, S. 914

13. Landesarbeitsgericht Stuttgart

28. 3.1952	II Sa	228/51	AP 52 Nr. 162

XI. Entscheidungen der Oberlandesgerichte

1. Oberlandesgericht Bremen

16. 5.1962	Ss	24/62	NJW 1962, S. 1735-1736

2. Oberlandesgericht Frankfurt
19.12.1984 9 U 107/83 ZIP 1985, S. 213-226

3. Oberlandesgericht Karlsruhe
21.12.1955 1 U 142/55 NJW 1956, S. 918-919

XII. Entscheidungen der Arbeitsgerichte

1. Arbeitsgericht Berlin
10.10.1974 39 Ca 112/74 AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

2. Arbeitsgericht Düsseldorf
30.10.1981 10 Ca 2819/81 DB 1982, S. 387-388

3. Arbeitsgericht Elmshorn
21. 5.1984 2 a Ca 5/84 DB 1984, S. 1583-1584

4. Arbeitsgericht Frankfurt
27. 9.1978 5 Ca 199/78 AuR 1979, S. 92-93

5. Arbeitsgericht Siegburg
3. 3.1975 1 BVCa 2/75 DB 1975, S. 555

6. Arbeitsgericht Stuttgart
4. 2.1972 6 BV 3/71 EzA Art. 9 GG Nr. 9
14.11.1979 2 Ca 258/79 AP Nr. 68 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
10.12.1981 5 Ca 219/81 BB 1982, S. 801-803

7. Arbeitsgericht Wuppertal
24.11.1959 2 Ca 502/59 AP Nr. 20 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

Einleitung: Gegenstand, Anlaß und Ziel der Untersuchung

1. Kapitel: Aufgabenstellung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Im Mittelpunkt dieser Arbeit soll eine Beschäftigung mit dem Verhältnis der beiden Teilrechtsgebiete Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zueinander stehen. Wie ein Blick auf andere bestehende Kollisionen zwischen unterschiedlichen Wertungen verschiedener Teilrechtsgebiete zeigt[1], ist eine allgemeine Erörterung solcher Probleme regelmäßig nicht Selbstzweck u. von rein akademischem Interesse. Vielmehr hängt hiervon die Lösung diverser konkreter Detailprobleme ab, die nun i.d.R. einen sehr engen Bezug zur Praxis aufweisen.[2]

Diese Zusammenhänge beanspruchen auch für die Beziehungen zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht Geltung. Vor diesem allgemeinen Rahmen steht das Problem der privatrechtlichen Schuld u. Haftung[3] als Sank-

---

1 Vgl. etwa die Kollisionen zwischen Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht (dazu noch in dieser Untersuchung unten 3. Teil, 2. Kap., § 2), zwischen Arbeitskampfrecht u. Wettbewerbsrecht (vgl. zu diesem Problemkreis am Beispiel der Zulässigkeit von Streikhilfeabkommen näher z.B. Kraft/Hönn, ZHR 141, S. 230 ff.) oder zwischen Betriebsverfassungsrecht u. Konkursrecht (dazu die Hinweise von Beuthien, RdA 76, S. 147 u. Richardi, DB 76 (Beilage 6), S. 3.).

2 So z.B. die Frage nach Existenz u. Umfang von Beteiligungsrechten zugunsten des BR im Arbeitskampf (dazu noch näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 2) oder das Problem der Aufstellung von Sozialplänen (§ 112 BetrVG 1972) im Konkurs, zu den hierzu vertretenen Auffassungen der Überblick bei Richardi wie Fn. 1, S. 3 ff.

3 Der Begriff "Haftung" wird in unserer Rechtsordnung mit unterschiedlichem Inhalt verwendet, vgl. etwa Brox, Schuldrecht AT, S. 11; Larenz, Schuldrecht AT, S. 22; Medicus, Schuldrecht AT, S. 8; MünchKomm/Kramer, BGB, Einl. Vor § 241, Rdnr. 41. Im folgenden wird hier unter "Haftung" nur die Verantwortlichkeit des Schuldners, die eine Schadensersatzpflicht zur Folge haben kann, gefaßt, vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S. 22. Unter "Schuld" soll mit der h.M. die Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung verstanden werden, vgl. statt vieler Brox, Schuldrecht AT, S. 11; Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, S. 59. Da im Rahmen dieser Untersuchung nicht nur Schadensersatzansprüche, sondern auch Erfüllungsansprüche u. Rücktrittsrechte eine Rolle spielen werden, andererseits auch Fragen des Einstehenmüssens des Schuldners für andere Personen zu erörtern sind, kann keine Beschränkung auf nur einen der beiden Fragenkreise erfolgen. Wenn im folgenden von "Haftung" gesprochen wird, ist die "Schuld" hierin mit eingeschlossen, "Haftung" wird insoweit als Oberbegriff verwendet.

tion für arbeitskampfbedingte Eingriffe in den Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter. Dieser Komplex soll hier zum einen als Anknüpfungspunkt, zum anderen als Anwendungsfall für die im folgenden primär anzustellenden allgemeinen u. grundsätzlichen Überlegungen zum Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht dienen. Dies impliziert, daß in Teilabschnitten der Arbeit auch auf konkrete Einzelfragen des Haftungskomplexes eingegangen werden muß, um den Bezug zwischen allgemeinen Grundsätzen u. ihren konkreten Auswirkungen aufzeigen zu können. Andererseits soll aber auf eine nochmalige eingehende Diskussion aller bislang in diesem Zusammenhang erörterten Einzelprobleme verzichtet werden; dies ist Gegenstand u. Inhalt auch von Beiträgen neueren Datums[4], so daß überwiegend lediglich bereits bekannte Sachverhalte nochmals referiert werden könnten. Dies wäre aber im Interesse einer Weiterführung der Diskussion nicht sachdienlich.

Im Hinblick auf die privatrechtliche Haftung bei arbeitskampfbedingten Folgen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter sind in bezug auf den Untersuchungsgegenstand einige Erläuterungen u. Klarstellungen angezeigt.

Unter Drittbetroffenheit sollen hier jene Fälle verstanden werden, in denen als unmittelbare oder mittelbare Folge von Arbeitskampfmaßnahmen Personen, die nicht selbst als Partei an diesem Arbeitskampf beteiligt sind[5], Nachteile erleiden. Diese möglichen Folgen für Dritte resultieren v.a. aus der starken Verflechtung innerhalb der Wirtschaft sowie aus dem für ein hochindustrialisiertes Wirtschaftssystem charakteristischem hohen Maß an Arbeitsteilung, was zu einer starken gegen-

---

4 Vgl. v.a. Pietras, Arbeitskampf, insbes. S. 64 ff.; Richardi, JuS 84, S. 825 ff. Zu den übrigen Untersuchungen zum Thema der privatrechtlichen Haftung ausf. unten 1. Teil.

5 Die Umschreibung der potentiell kampfbetroffenen Dritten wird bereits an dieser Stelle bewußt weit gehalten, da insoweit verschiedene Möglichkeiten in Betracht kommen. Dritte können etwa Unternehmer u. Endverbraucher sein, vgl. z.B. Löwisch, AcP 174, S. 205. Die unterschiedliche Qualifikation der Dritten ist insbes. im Hinblick auf die Begründetheit privatrechtlicher Ansprüche bei arbeitskampfbedingten Folgen von Bedeutung, dazu im einzelnen unten 2. Teil.

seitigen Abhängigkeit der einzelnen Unternehmen innerhalb eines solchen Wirtschaftssystems führt.[6]

Bei den Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen für Drittbetroffene handelt es sich i.d.R. um unfreiwillige Beeinträchtigungen ihrer Rechtspositionen, d.h. um Schäden[7], so daß sich eo ipso das Problem möglicher Schadensersatzansprüche der Betroffenen stellt.[8] Hinsichtlich der rechtlichen Stellung der Betroffenen sind dabei sowohl Fälle denkbar, in denen diese in einer schuldvertraglichen Beziehung[9] zu einer der

6 Vgl. Lieb, Arbeitsrecht, S. 153; Löwisch, Plenumsbericht, S. 62; Mayer-Maly, Drittbetroffene Betriebe, S. 48, These 1. Zur möglichen Beeinflussung Dritter sowie der Allgemeinheit auch BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III A.1.d.G.; ähnl. bereits Simmer, Lieferungsverträge, S. 11. Zur Anfälligkeit von arbeitsteiligen Systemen gegenüber Arbeitskämpfen auch Wallraff, AuR 66, S. 3.

7 Schäden werden - in Abgrenzung zu den Aufwendungen - unter Zugrundelegung des sog. natürlichen Schadensbegriffs i.d.R. als unfreiwillige Einbußen am Vermögen oder geschützten Rechtsgütern bezeichnet, vgl. z.B. BGB-RGRK/Alff, Vor § 241, Rdnr. 1; Brox, Schuldrecht AT, S. 174; Hamann, Schadensberechnung, S. 10 f.; Heck, Schuldrecht, S. 37; Larenz, Schuldrecht AT, S. 396; Palandt/Heinrichs, BGB, Vorbem. v. § 249, Anm. 2. Zum Meinungsstand beim Schadensbegriff ausf. etwa Keuk, Vermögensschaden, S. 9 ff. Es soll hier nicht verkannt werden, daß dieses Verständnis vielfach nicht zu befriedigenden Ergebnissen führt u. daher bei der Schadensersatzbemessung eine normative Betrachtungsweise vorzunehmen ist, so zutr. Gottwald, Schadenszurechnung, S. 46; auf die Problematik des normativen Schadensbegriffs braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Zur Frage des Schadensersatzumfangs im hier interessierenden Zusammenhang noch die Hinweise unten 2. Teil, 2. Kap., § 2, II.

8 Schadensersatzansprüche stellen im Zusammenhang mit der Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten die zahlenmäßig wohl häufigsten Fälle dar. Daraus folgt aber keineswegs, daß andere Anspruchsarten obsolet sind, vgl. nur die Hinweise unten 1. Teil, 1. Kap. (Fn. 9 u. 10) sowie ausf. unten 2. Teil, 2. Kap., § 2.

9 Diese vertragliche Beziehung soll an dieser Stelle zunächst allgemein als "Lieferungsvertrag" bezeichnet werden, so z.B. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 173; Bulla, DB 63, S. 755; Dohnau, Lieferverträge, S. 1 u. S. 6; Lauschke, DB 66, S. 139; Strempel, Leistungsstörungen, S. 21.

Darunter ist eine zusammenfassende Bezeichnung für jene im BT des Schuldrechts geregelten Schuldverhältnisse zu verstehen, bei denen eine Verpflichtung besteht, eine Sache zu einem bestimmten Preis u. zu bestimmten Bedingungen zu liefern; bei den Lieferungsverträgen handelt es sich jeweils um gegenseitige Verträge i.S.d. §§ 320 ff. BGB, vgl. Simmer, Lieferungsverträge, S. 13. Zum Begriff "Lieferungsvertrag" im übrigen ausf. Simmer, Lieferungsverträge, S. 12 f. Zur verwendeten Terminologie der Überblick bei Strempel, Leistungsstörungen, S. 29.

kämpfenden Parteien[10] stehen[11] als auch solche, in denen derartige Verbindungen fehlen.[12]

Im folgenden bleiben aber diejenigen Konstellationen außer Betracht, in denen es sich bei den Drittbetroffenen um unmittelbar oder mittelbar[13] von einem Arbeitskampf betroffene AN handelt, die unter Umständen ihre Vergütungsansprüche gegen den AG (§ 611 Abs. 1 BGB) verlieren.[14]

---

10 Kämpfende Parteien sind die sich in einem Arbeitskampf gegenüberstehenden sozialen Gegenspieler, nämlich allgemein AG bzw. AG-Verbände u. Gewerkschaften bzw. AN. Zu den insoweit möglichen Konstellationen in Abhängigkeit von einzelnen konkreten Erscheinungsformen des Arbeitskampfes noch die Hinweise unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb,.

11 Beispiel: Unternehmer A hat mit Unternehmer B einen Lieferungsvertrag abgeschlossen; infolge eines Streiks in seinem Betrieb kann A nicht vereinbarungsgemäß liefern.

12 Beispiel: B möchte in dem in Fn. 11 genannten Fall die Gewerkschaft, die zum Streik im Betrieb des A aufgerufen hat, in Anspruch nehmen. Diese mögliche Fallgestaltung macht bereits deutlich, daß die bisher größtenteils vorgenommene Reduktion des Untersuchungsgegenstandes auf arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen der Problematik nicht voll gerecht zu werden vermag, da aufgrund der Beschränkung auf einen Anspruchsgegener - den Vertragspartner - nichtvertragliche Ansprüche lediglich im Hinblick auf Konkurrenzfragen angesprochen werden.

13 Zum Inhalt dieser beiden Begriffe näher unten 2. Teil, 1. Kap., § 1.

14 Diese Fragen sind in Vergangenheit u. Gegenwart sowohl für die Fälle unmittelbarer als auch mittelbarer Kampfbetroffenheit in Rechtsprechung u. Schrifttum eingehend erörtert worden. Zur unmittelbaren Kampfbetroffenheit näher etwa BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. 3.d.G.; BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III C.1. d.G.; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 182, S. 190, S. 196 u. S. 205; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 84 f., Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 945; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, unter B.II. 2.a, aa, sowie unter B.II.3.a,.

Für die Fälle mittelbarer Kampfbetroffenheit z.B. LAG Kiel v. 10.12.59, AP Nr. 8 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Lts. 1. sowie Bl. 1 R.; BAG v. 7.11.75, AP Nr. 30 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Lts. sowie unter 2.d, d.G.; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C.I.2. d.G.; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1.-3. sowie unter C.I. d.G.; Ballerstedt, AuR 66, insbes. S. 230 ff.; Hanau, Anm. zu BAG v. 22.12.80, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 18, unter 1. u. 2.; Löwisch, DB 63, S. 899 ff.; ders., RdA 67, S. 45 ff.; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S. 11 ff. Auf die auch nach den Beschlüs-

Im einzelnen sollen innerhalb des derart eingegrenzten Subuntersuchungsgegenstandes folgende Fallgruppen zugrundegelegt werden:

1. Privatrechtliche Ansprüche Dritter gegen einen unmittelbar von einem Arbeitskampf Betroffenen[15], zu dem eine schuldvertragliche Beziehung besteht.[16]

2. Privatrechtliche Ansprüche Dritter gegen die kampfführenden Verbände[17], deren einzelnen Mitglieder sowie sonstige kämpfende Dritte, zu denen keine schuldvertraglichen Beziehungen bestehen.[18]

---

sen des BAG v. 22.12.80 nach wie vor nicht völlig geklärten Fragen kann hier nicht näher eingegangen werden, dazu etwa Hanau, Anm. zu BAG v. 22.12.80, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 18, unter 1.d, u. e,; Richardi, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"; Seiter, DB 81, insbes. S. 579 u. S. 581. Zur arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung im Zusammenhang mit dem hier zu behandelnden Untersuchungsgegenstand die Ausführungen unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, aa, bbb,.

15 Bei dieser Gruppe von kampfbetroffenen Personen auf der Seite der potentiellen Anspruchsgegner handelt es sich zwingend immer um AG, da nur diese soziale Gegenspieler u. Kampfgegner von AN bzw. Gwerkschaften sein können. AG ist grundsätzlich, wer mindestens einen AN beschäftigt, vgl. z.B. Hueck/Nipperdey, Grundriß, S. 38; ausf. zu verschiedenen Bedeutungen des Terminus "AG" Schirdewahn, AR-Blattei, D, Arbeitgeber I, unter A.I.

AG- u. Unternehmerstellung werden zwar in praxi häufig zusammenfallen, dies ist aber nicht denknotwendig; vgl. nur die unterschiedlichen Begriffsbestimmungen sowie die Beispiele für ein Auseinanderfallen von AG- u. Unternehmerstellung bei Schirdewahn wie oben, unter A. II. 4.; zum Ganzen auch Hueck/Nipperdey wie oben.

16 Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um die Haftung aus dem Gesichtspunkt arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen; dazu bereits der Hinweis oben in Fn. 11 sowie unten 1. Teil. Konkrete Beispiele hierzu etwa bei Pietras, Arbeitskampf, S. 25.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß Schäden aus Anlaß von Arbeitskämpfen nicht darunter fallen; dazu näher Groos, Schadensersatz, S. 109 f.

17 Dabei wird davon ausgegangen, daß es sich bei den in der tarifpolitischen Praxis geführten Arbeitskämpfen i.d.R. um Verbandsarbeitskämpfe handelt. Der Fall, daß einer Gewerkschaft bzw. den AN nur ein einzelner AG gegenübersteht, sog. Firmenarbeitskampf, fällt im übrigen bereits z.T. unter Fallgruppe 1. Zur Bedeutung der beiden eben genannten Formen des Arbeitskampfes in dieser Untersuchung unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, bb, bbb,.

18 Zu dieser Kategorie von potentiellen Anspruchsgegnern Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239.

Potentielle Anspruchsgegner sind somit AG-Verbände u. Gewerkschaften, die einzelnen Mitglieder von AG-Verbänden und Gewerkschaften sowie einzelne AG u. Mehrheiten von AN, die nicht Verbandsmitglieder sind.[19] Auch diese Fallgruppe bezieht sich primär auf die Situation der unmittelbaren Kampfbetroffenheit.

3. Privatrechtliche Ansprüche Dritter gegen einen mittelbar von einem Arbeitskampf Betroffenen, zu dem wiederum eine schuldvertragliche Beziehung besteht.[20,21]

Bei allen drei Fallgruppen soll eine Beurteilung nur nach deutschem Recht erfolgen. Die Problematik der Rechtsfolgen von Arbeitskämpfen bei Auslandsgeschäften bleibt somit hier ausgeklammert.[22]

2. Kapitel: Anlaß und Ziel der Untersuchung

Zur Begründung für eine nähere Beschäftigung auch mit dem gerade näher skizzierten Fragenkreis der privatrechtlichen Haftung lassen sich mehrere Faktoren anführen.

---

19 Dazu noch näher unten 2. Teil, 1. Kap.

20 Beispiel: A hat mit C einen Lieferungsvertrag geschlossen. Der Lieferant des A wird unmittelbar von den Folgen eines Arbeitskampfes betroffen. Dies führt dazu, daß A als nunmehr mittelbar von diesem Arbeitskampf Betroffener seinen gegenüber C bestehenden vertraglichen Pflichten nicht ordnungsgemäß nachkommen kann. Vgl. zu solchen bei Fortpflanzung arbeitskampfbedingter Störungen eintretenden Konstellationen auch das Beispiel aus der Automobilindustrie bei Richardi, JuS 84, S. 825.

21 Im Gegensatz zu der oben unter 1. skizzierten Fallgruppe muß es sich hier bei den potentiellen Anspruchsgegnern (im Beispiel A) nicht zwingend um AG handeln.

22 Vgl. zu den Wertungen verschiedener Rechtsordnungen u. ihren Auswirkungen auf das Eintreten von Rechtsfolgen aufgrund von arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen näher von Beringe, DB 63, S. 757 ff. sowie Hohn, Unternehmerhaftung, S. 29 f.

Von den oben[23] herausgestellten Fallgruppen ist bisher i.w. nur die unter 1. aufgeführte Konstellation Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion gewesen. Die hier zu erwähnenden Beiträge des Schrifttums lassen sich zeitlich deutlich in zwei Schwerpunkte zusammenfassen. Der erste Block der Veröffentlichungen fällt in den Zeitraum zwischen 1903 u. 1930[24], d.h. in eine Zeit, als namentlich das Arbeitskampfrecht noch sehr wenig entwickelt war.[25] Diese Beiträge können daher bereits aus diesem Grund nur noch mit Einschränkungen für die Diskussion herangezogen werden.

Ein zweiter Schwerpunkt läßt sich deutlich zwischen 1963 u. 1974 erkennen.[26,27] Unmittelbarer Anlaß für diese Untersuchungen war der Arbeitskampf in der Metallindustrie von Nordbaden/Nordwürttemberg in

---

23 1. Kap. (S. 5 f.).

24 Es handelt sich dabei um die unten näher zu behandelnde sog. ältere Lehre, vgl. 1. Teil, 2. Kap. sowie die Nachw. in Fn. 16 ff. (1. Teil).

25 Dies kommt z.B. deutlich bei Grober, Haftungsfrage, S. 20 zum Ausdruck, der den Angriffsstreik "j e d e r z e i t als unberechtigt und damit als schuldhaftes Handeln des Arbeiters" ansieht (Sperrung v. Verf.).

26 Umfangreichere Untersuchungen wurden vorgenommen von Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 8 ff.; Dohnau, Lieferverträge, S. 6 ff.; Groos, Schadensersatz, S. 109 ff.; Löwisch, AcP 174, S. 204 ff., insbes. S. 233 ff.; Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 2 ff. u. S. 86 ff.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 34 ff.; Thomas, Vertragshaftung, S. 5 ff. u. S. 153 ff. Zu den Einzelfragen behandelnden Beiträgen näher unten 1. Teil, 3. Kap.

27 Nach 1974 wurden abgesehen von den eher beiläufigen Hinweisen in einigen Lehr- u. Handbüchern nur noch wenige spezielle Beiträge zum Problemkreis der privatrechtlichen Haftung veröffentlicht, vgl. die oben in Fn. 4 zitierten Autoren. Vgl. ferner die Hinweise bei Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 85; Lieb, Arbeitsrecht, S. 153 f.; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter C. III.; Löwisch, Streik und Aussperrung, S. 36 f.; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 275, Rdnr. 73; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 226 ff.

der Zeit v. 29.4. bis 13.5.1963[28], der Schäden in beträchtlicher Höhe zur Folge hatte.[29] Wenn auch zuzugeben ist, daß die hier einzuordnenden Beiträge ungleich gegenwartsbezogener sind, so ist gleichwohl festzustellen, daß grundlegende neuere Entwicklungen des Arbeitskampfrechts von den jeweiligen Autoren noch nicht berücksichtigt werden konnten.[30] Allein deshalb ist ein Wiederaufgreifen dieses Fragenkreises sinnvoll, zumal im Vergleich zur hier vorzunehmenden Diskussion der Untersuchungsgegenstand jeweils stark eingegrenzt war[31] u. die ganze Bandbreite denkbarer Lösungsmöglichkeiten vertreten wurde.[32]

---

28 So ausdrücklich Bulla, DB 63, S. 755 u. Dohnau, Lieferverträge, S. 1; Strempel, Leistungsstörungen, S. 21. In diesem Arbeitskampf wurde die Aussperrung zum ersten Mal seit 20 Jahren von den AG wieder in größerem Umfang eingesetzt, vgl. Raupach, Schlichtung, S. 20 Fn. 5.

29 Vgl. im einzelnen Aktuelle Kurzberichte, AR-Blattei, D, Nr. 3254, Zif. 11.

30 Es sei an dieser Stelle nur auf die für das Arbeitskampfrecht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung grundlegenden Entscheidungen hingewiesen: BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64, 65, 66 u. 67 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 u. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf". Etwas anderes gilt soweit ersichtlich nur für den Beitrag von Richardi, JuS 84, S. 825 ff.; dazu noch der Hinweis unten in Fn. 47.

31 Vgl. bereits den Hinweis oben in Fn. 12.

32 Die vorgeschlagenen Lösungen reichen von völliger Haftungsbefreiung der in Anspruch genommenen Personen - zumindest bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen - bis zur uneingeschränkten Bejahung der Haftung auch bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen, vgl. einerseits z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 957 f., andererseits etwa Brendel, Lieferverpflichtungen, insbes. S. 71 f., S. 94 ff. u. S. 106 ff.; wie Brendel auch Steding, JuS 83, S. 620 (mit unzutr. Hinweis auf Löwisch). Vgl. auch die Hinweise bei Groos, Schadensersatz, S. 13; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 227; Schmid, NJW 79, S. 16 sowie die Übersicht über den Streitstand bei Löwisch, AcP 174, S. 228 ff.

Ferner wird i.d.R. - zumindest konkludent - eine Beschränkung der potentiellen Anspruchsgegner auf Unternehmer vorgenommen; dagegen bereits die Hinweise oben in Fn. 5. Vgl. auch Strempel, Leistungsstörungen, S. 28, der ohne Begründung davon ausgeht, daß beide Parteien eines Lieferungsvertrages regelmäßig Kaufleute seien. Bereits aus diesen Gründen muß m.E. davon ausgegangen werden, daß zahlreiche Fragen auch der privatrechtlichen Haftung selbst trotz der nicht geringen Anzahl von Beiträgen hierzu nach wie vor als

Dies ist v.a. darauf zurückzuführen, daß den hinter dem Komplex der privatrechtlichen Haftung stehenden grundsätzlichen Fragen bislang nur wenig Aufmerksamkeit gewidmet wurde, weil man ihre Bedeutung nicht zutr. erkannt hat.

Die hier unter 2. skizzierte Fallgruppe ist soweit ersichtlich bisher nur von SCHLÜTER[33] angesprochen worden. Die Darstellung beschränkt sich jedoch auf die Frage nach dem Bestehen von deliktischen Ansprüchen u. kann daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.[34]

Schließlich hat auch die unter 3. genannte Konstellation bisher in der wissenschaftlichen Diskussion nur wenig Beachtung gefunden. Sie wird nur von wenigen Autoren erwähnt[35], die aber die Problematik bei weitem nicht ausschöpfen.[36]

Ein weiterer Grund für eine nähere Beschäftigung mit der Haftungsthematik liegt darin, daß sich die Rechtsprechung bisher kaum dazu ge-

---

nicht abschließend geklärt angesehen werden müssen, so zutr. Groos, Schadensersatz, S. 145; vgl. auch den Hinweis auf die str. Behandlung arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen bei MünchKomm/Emmerich, BGB, § 275, Rdnr. 73. Hieraus ergibt sich weiter, daß von einer bestehenden h.M. nicht gesprochen werden kann; unrichtig daher Kraft/Hönn, ZHR 141, S. 249 f., insbes. Fn. 79 (Bejahung einer Haftung des Unternehmers bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen durch die h.M.); Lieb, Arbeitsrecht, S. 153.

33 Vgl. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239 ff.

34 Vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen unten 2. Teil, 3. Kap.

35 Vgl. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 97 ff.; Löwisch, AcP 174, S. 256 ff.; ders., BB 74, S. 1493 u. S. 1496 f.; ders., Streik und Aussperrung, S. 36 ff.; Richardi, JuS 84, S. 826.

36 Dies wird daran deutlich, daß - z.T. ohne auf die Besonderheiten der Situation der mittelbaren Kampfbetroffenheit näher einzugehen - die lapidare Feststellung getroffen wird, dieser Fall würde sich allein nach dem BGB entscheiden, so ausdrücklich Löwisch, AcP 174, S. 256, bzw. das Problem lediglich unter dem Gesichtspunkt der Lohnfortzahlungspflicht im drittbetroffenen Betrieb beleuchtet wird, vgl. Löwisch, Streik und Aussperrung, S. 37 ff. Differenzierter Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 97 ff.; auch hier fehlt aber die Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Komponente dieses Problems, dazu in dieser Arbeit unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, bb,. Zur Notwendigkeit der Einbeziehung mittelbar betroffener Betriebe auch hinsichtlich der Haftungsfragen bereits Mayer-Maly, Drittbetroffene Betriebe, S. 48, These 2.

äußert hat[37]; nach 1945 ist hierzu keine einzige Entscheidung ergangen. Daraus könnte zwar gefolgert werden, daß in der Praxis solche Fälle entweder nicht auftreten oder aber ohne Anrufung der Gerichte erledigt werden[38], diese Handhabung muß jedoch nicht ohne weiteres auch in der Zukunft Bestand haben. Vielmehr muß befürchtet werden, daß v.a. aufgrund des drohenden Verteilungskampfes um die zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze u. wegen der von den Gewerkschaften z.Zt. verwendeten Kampftaktiken die tarifpolitischen Auseinandersetzungen härter u. unnachgiebiger werden.[39] In vielen Fällen wird auch den davon betroffenen AG dann keine andere Wahl bleiben, als u.U. auch andere AG in Anspruch zu nehmen.[40] Daher ist es sinnvoll u. notwendig, für solche möglicherweise bald auftretenden Streitfälle Lösungsmöglichkeiten zu entwickeln u. anzubieten.[41]

---

37 Zwischen 1891 u. 1925 sind nur wenige Entscheidungen des RG bzw. verschiedenen OLG's ergangen; vgl. im einzelnen die Zusammenstellung bei Groos, Schadensersatz, S. 111 ff., S. 129 ff., S. 135 f. u. S. 138 ff.; Löwisch, AcP 174, S. 223 ff.; Pietras, Arbeitskampf, S. 18 Fn. 1. Demgegenüber haben ausländische Gerichte häufiger zu diesem Problemkreis Stellung nehmen können, vgl. dazu den Hinweis bei Neugebauer, Erfüllung, S. 6 f.

38 Ein wichtiger Gesichtspunkt scheint in diesem Zusammenhang die Solidarität unter den AG zu sein, die ihren Niederschlag auch in den Satzungen verschiedener AG-Verbände gefunden hat. Danach dürfen gegen bestreikte AG keine Ansprüche wegen Verletzungen schuldvertraglicher Pflichten hergeleitet werden, vgl. dazu die Hinweise auf die Arbeitskampfrichtlinien verschiedener AG-Verbände bei Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 296 Fn. 47 sowie den Hinweis auf die Arbeitskampfrichtlinien des Gesamtverbandes der metallindustriellen Arbeitgeberverbände e.V. bei Löwisch, AcP 174, S. 227 f. Fn. 73. Zur möglichen Bedeutung der AG-Solidarität für die Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten näher unten 4. Teil, 1. Kap., § 2, II., 3.

39 Es sei hier nur auf die Diskussion um die Verkürzung der Arbeitszeit, insbes. der Wochenarbeitszeit hingewiesen, die in der zukünftigen Tarifpolitik eine zentrale Rolle spielen wird, vgl. etwa Entwurf eines Grundsatzprogrammes des Deutschen Gewerkschaftsbundes v. 2. Oktober 1979 Zif. 5. Vollbeschäftigung, GewMH 80, S. 45; zum Standpunkt der AG Gesamtmetall, HB v. 28.4.83, Nr. 82, S. 1 sowie Esser, der ag 83, S. 288.

40 So zutr. Löwisch, Streik und Aussperrung, S. 37 f.

41 Zu den horrenden gesamtwirtschaftlichen Schäden des Arbeitskampfes in der Metallindustrie 1984 die Hinweise bei Richardi, JuS 84, S. 825.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die sowohl kollektives Arbeitsrecht[42] wie auch Schuldrecht sowie Handelsrecht[43] berührende Materie keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren hat.[44] Da selbst im Falle einer möglichen Überarbeitung des Schuldrechts jedenfalls keine detaillierte Regelung zu erwarten ist[45], wäre es verfehlt, sich insoweit auf den staatlichen Gesetzgeber zu verlassen.

---

42 Das Arbeitskampfrecht wird überwiegend systematisch dem kollektiven Arbeitsrecht zugeordnet, vgl. z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 5; Reichel, AR-Blattei, D, Kollektives Arbeitsrecht I, unter A.I. Krit. hierzu Seiter, Streikrecht, S. 21, der diese Zuordnung nur für den Verbandsarbeitskampf als zutr. ansieht.

43 Die möglichen Ansprüche wegen arbeitskampfbedingter Eingriffe in Rechte kampfunbeteiligter Dritter ergeben sich aus dem Schuldrecht des BGB bzw. aus dem HGB, vgl. näher unten 1. Teil (Fn. 13). Daher fallen mögliche Streitigkeiten nicht etwa in die sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit, sondern sind den Zivilabteilungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuzuordnen, so richtig Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 71. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Hinweis von Löwisch, Plenumsbericht, S. 63, wonach beim Problem der Vertragshaftung gegenüber Zulieferern u. Abnehmern im Gegensatz zur Frage, wer das Lohnrisiko zu tragen hat, keine kollektivrechtliche Beurteilung in Betracht kommen soll; ähnl. auch Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter C. III. 1.

44 Zutr. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 955; Neugebauer, Erfüllung, S. 7; Schmid, NJW 79, S. 15; Strempel, Leistungsstörungen, S. 123; Thomas, Vertragshaftung, S. 5. Dies gilt insbes. für die Fragen, in welcher Beziehung Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zueinander stehen; dazu näher unten 3. Teil. Nur § 608 Abs. 1 Nr. 4 HGB enthält eine ausdrückliche Regelung der privatrechtlichen Folgen von Streiks u. Aussperrungen. Vgl. aber den Hinweis auf mögliche Einschränkungen des Geltungsbereichs dieser Vorschrift u.a. im Hinblick auf Aussperrungen bei Schaps/Abraham, Seerecht, § 608 HGB, Rdnr. 17; zum Geltungsbereich auch Prüssmann, Seehandelsrecht, § 608 HGB, Anm. 4, S. 565; bereits hier kann festgestellt werden, daß es sich bei § 608 HGB um eine Spezialvorschrift des Seehandelsrechts handelt, deren Inhalt nicht generalisierbar ist u. daher bei der Realisierung des mit dieser Untersuchung angestrebten Ziels unberücksichtigt bleiben muß.

45 Eine spezielle Haftung für die Folgen eines Arbeitskampfes ist jedenfalls nicht vorgesehen, vgl. Huber, Leistungstörungen, S. 673 u. S. 726. Vielmehr soll sich diese nach § 276 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 des Gesetzesvorschlages - vgl. Huber, Leistungsstörungen, S. 673 - bestimmen. Die Auslegung dieser Vorschriften soll weiterhin Wissenschaft u. Praxis überlassen bleiben, so Huber wie oben, S. 791. Insoweit würde auch hier der Vorwurf zutreffen, die linke Hand des Gesetzgebers wisse nicht, was die Rechte tue bzw. unterlasse, dazu anschaulich in anderem Zusammenhang Richardi, DB 76 (Beilage 6), S. 3.

Unter Berücksichtigung der eben vorgetragenen Fakten u. Zusammenhänge soll versucht werden, ein möglichst geschlossenes u. in sich widerspruchfreies System zu entwickeln, das eine eindeutige u. vorhersehbare Lösung der bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter bestehenden Haftungsfragen unter Berücksichtigung der oben[46] herausgehobenen Fallgruppen ermöglicht. Dabei sind insbes. der gegenwärtige Entwicklungsstand des Arbeitskampfrechts sowie die hinter der privatrechtlichen Haftung stehenden Grundsatzfragen zu berücksichtigen. Beide eben herausgestellten Aspekte wurden bislang weitgehend vernachlässigt.[47]

3. Kapitel: Methode des Vorgehens

Aus Untersuchungsgegenstand u. Untersuchungsziel ergibt sich folgende Vorgehensweise:

Zunächst wird im Überblick auf die bisher vom Schrifttum vorgenommenen Untersuchungen zur privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter eingegangen.[48] Damit soll der derzeitige Meinungsstand aufgezeigt u. die wesentlichen im folgenden aufzugreifenden Probleme deutlich gemacht werden.

Daran schließt sich eine Erörterung der privatrechtlichen Haftung im Hinblick auf ihre praktische Relevanz sowie ihre verschiedenen denkmöglichen Escheinungsformen unter besonderer Berücksichtigung der bei der Analyse des bisherigen Streitstandes zutage getretenen Mängel an.[49]

---

46 1. Kap. unter 1. - 3.

47 Soweit ersichtlich wurden die neueren Entwicklungen des Arbeitskampfrechts, auf die bereits oben in Fn. 30 hingewiesen wurde, im hier interessierenden Zusammenhang lediglich von Richardi, JuS 84, S. 830 f. u. S. 835 f. berücksichtigt, ohne daß daraus allerdings weiterführende Konsequenzen für die privatrechtliche Haftung gezogen wurden.

48 Unten 1. Teil.

49 Dazu im einzelnen 2. Teil.

Dabei werden die in Betracht kommenden Ansprüche u. Anspruchsgrundlagen sowie die potentiellen Anspruchssteller u. Anspruchsgegner im Mittelpunkt der Diskussion stehen.

Im dritten Teil folgt schließlich die Erörterung des hinter der privatrechtlichen Haftung stehenden Grundlagenproblems, der Frage nach dem Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht unter Berücksichtigung verschiedener Lösungsansätze. Diesen Ausführungen kommt im Hinblick auf die Realisierung des angestrebten Untersuchungsziels die überragende Bedeutung zu. Damit ergeben sich auch bereits z.T. unmittelbare Antworten für verschiedene nicht abschließend geklärte Einzelfragen bei der privatrechtlichen Haftung selbst.

Abschließend wird versucht, die entwickelten allgemeinen Grundsätze zum Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht mit dem schuldrechtlichen Anspruchs- bzw. Anspruchsgrundlagensystem in Einklang zu bringen bzw. diese Grundsätze dort zu integrieren.[50]

Die diversen hier relevanten Einzelfragen zur privatrechtlichen Haftung werden jeweils dort angesprochen, wo ihre Beantwortung aufgrund abgeleiteter bzw. entwickelter allgemeiner Grundlagen u. Grundsätze vorgenommen werden kann. Auf eine logisch-systematische Reihenfolge dieser Darlegungen wird dabei im Interesse des an der Konzeption eines allgemeinen Systems ausgerichteten Aufbaus der Untersuchung verzichtet.

---

50 Vgl. unten 4. Teil.

1. Teil: Überblick über den Meinungsstand zur privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Eingriffen in Rechte kampfunbeteiligter Dritter

Im folgenden wird eine Übersicht über die bisher zum Problem der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Eingriffen in den Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter vorliegenden Äußerungen gegeben. Da dazu neuere Gerichtsentscheidungen nicht ergangen sind[1], kann eine Beschränkung auf die Beiträge des Schrifttums erfolgen. Dabei wird in Anlehnung an MÜLLER[2] zwischen älterer u. neuerer Lehre differenziert.[3]

Bei der Darstellung ist es im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit angezeigt, zwei Schwerpunkte zu setzen.[4] Zum einen müssen die unterschiedlichen dogmatischen Ansatzpunkte der verschiedenen Autoren herausgestellt werden.[5] Dies findet seinen wesentlichen Grund darin, daß die hierbei zum Ausdruck kommenden Wertungen sowie die zugehörigen Argumente für die daraus abgeleiteten Folgerungen sowie die späteren Ergebnisse der einzelnen Autoren von [illegible]r Bedeutung sind. Da es somit auch im Rahmen der hier vorzunehmenden Untersuchung entscheidend auf den Ausgangspunkt der Betrachtung sowie auf die Klärung dogmatischer Fragen ankommen wird, muß versucht werden, diesen Ausgangspunkt aufgrund einer Analyse des bisherigen Meinungsspektrums

---

1 Vgl. bereits den Hinweis oben Einl. (S. 9 f. sowie Fn. 37). Von den insgesamt neun bekannten Entscheidungen, die das Thema der privatrechtlichen Haftung unmittelbar betreffen, stammen zudem drei noch aus der Zeit vor Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900. Außerdem nehmen diese Entscheidungen nur zu einigen wenigen Einzelproblemen Stellung; zu ihrer Relevanz unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Entwicklungsstandes des Arbeitskampfrechts zutr. Pietras, Arbeitskampf, S. 18 (lediglich historische Bedeutung).

2 Vgl. Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 72 f.

3 Zur Begründung für diese Diff. bereits oben Einl. (S. 7 sowie Fn. 24 und 26).

4 Um ein allgemeines System zur Lösung der Probleme der privatrechtlichen Haftung konstruieren zu können, muß versucht werden, grundsätzliche Strukturelemente für ein solches System zu finden. Dazu bietet sich eine systematische Analyse der bisher vorliegenden Beiträge an.

5 Dazu näher unten 3. Kap., § 1.

herauszufinden u. darauf aufbauend die Festlegung der weiteren konkreten Untersuchungsschritte zu bestimmen.

Ferner ist bei der Bestandsaufnahme auf die verschiedenen Einzelprobleme der privatrechtlichen Haftung im hier verstandenen Sinne hinzuweisen. Dabei wird der Akzent auf die str. bzw. unzureichend geklärten Fragen gesetzt, um an den entsprechenden Stellen dieser Untersuchung darauf näher eingehen zu können.[6]

1. Kapitel: Gemeinsamer Inhalt der bisherigen Untersuchungen zur privatrechtlichen Haftung

Vergleicht man die bisher vorliegenden Beiträge im Hinblick auf ihren gemeinsamen Inhalt, so können m.E. folgende Feststellungen getroffen werden.

Grundsätzlich erfolgt eine Beschränkung auf die Untersuchung der Haftung bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen.[7] Dies hat zunächst zur Folge, daß vorwiegend nur mögliche vertragliche Ansprüche untersucht werden.[8] Innerhalb der vertraglichen Ansprüche liegt das Gewicht deutlich bei Schadensersatzansprüchen.[9] Erfüllungsansprüche

---

6 Zur Berücksichtigung von Einzelproblemen der privatrechtlichen Haftung bereits die Hinweise oben Einl. (S. 13).

7 Vgl. etwa die deutlichen Hinweise bei Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 3; Dohnau, Lieferverträge, S. 4; Grober, Haftungsfrage, S. 12; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 954 f.; Löwisch, DB 62, S. 761 u. S. 763; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 64 f.; Pietras, Arbeitskampf, S. 22 f.; Richardi, JuS 84, S. 825 f.; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 120 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 29; Strempel, Leistungsstörungen, S. 30; Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 5.Z.T. wird in diesem Zusammenhang noch zwischen Leistungsstörungen (i.S.v. Lieferstörungen) u. Abnahmestörungen unterschieden, vgl. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 173; Löwisch, AcP 174, S. 204 ff.; ders., BB 74, S. 1493; zu dieser Unterscheidung näher unten 2. Teil, 1. Kap., § 2, I.

8 So deutlich Strempel, Leistungsstörungen, S. 30 f.; auch Lauschke, DB 66, S. 137; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 71. Zu diesen vertraglichen in freier Anspruchskonkurrenz stehende deliktische Ansprüche aus § 831 BGB werden von Dohnau, Lieferverträge, S. 37 ff. u. Edelmann, Haftung, S. 44 ff., berücksichtigt.

9 Vgl. z.B. Edelmann, Haftung, S. 10 u. S. 16 f.; Grober, Haftungsfrage, S. 12; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 25; Strempel, Leistungsstörungen, S. 30; Thomas, Vertragshaftung, S. 10.

u. Rücktrittsrechte werden - wenn überhaupt darauf eingegangen wird - nur selten näher erörtert.[10] Eine weitere Konsequenz dieser Vorgehensweise besteht darin, daß nur Ansprüche gegen den jeweiligen Vertragspartner diskutiert werden;[11] andere potentielle Anspruchsgegner bleiben ausgeklammert.[12]

Hinsichtlich des Aufbaus der Untersuchungen ist festzustellen, daß generell mögliche Ansprüche aus dem BGB bzw. HGB inkl. Nebengesetze den Ausgangspunkt bilden.[13] Nach bzw. im Zusammenhang mit der

---

10 Auf mögliche Rücktrittsrechte des Gläubigers gehen soweit ersichtlich lediglich Groos, Schadensersatz, S. 135 ff. unter Berücksichtigung der älteren Rechtsprechung sowie beiläufig Löwisch, AcP 174, S. 235 f. u. S. 239; ders., BB 74, S. 1495 f.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 228 ff. u. Thomas, Vertragshaftung, S. 29 f. ein. Eine nähere Untersuchung des Schicksals von Erfüllungsansprüchen im Arbeitskampf findet sich bei Löwisch, AcP 174, S. 235 ff.; Richardi, JuS 84, S. 826 f.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 228 ff.

11 Auch diejenigen Autoren, die die Situation der mittelbaren Kampfbetroffenheit - oben Einl. Fallgruppe 3 (S. 6) - einbeziehen, berücksichtigen nur Ansprüche gegen den mittelbar von einem Arbeitskampf betroffenen Unternehmer, vgl. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 97 ff.; Löwisch, AcP 174, S. 256 ff.; ders., BB 74, S. 1496 f.

12 Anders nur Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239 ff., der auch mögliche deliktische Ansprüche von kampfunbeteiligten Unternehmern gegen Gewerkschaften, AG-Verbände u. sonstige Dritte, die nicht Vertragspartner sind, untersucht.

13 So deutlich Bulla, DB 63, S. 755 (§§ 286, 326 BGB); Edelmann, Haftung, S. 16 (§ 278 BGB) u. S. 44 (§ 831 BGB); Hohn, Unternehmerhaftung, S. 6 f. (Abnahmepflichten) u. S. 7 f. (Leistungspflichten); Schmid, NJW 79, S. 16 (§§ 440, 325, 326 BGB); auch Neugebauer, Erfüllung, S. 7. Zu möglichen Ansprüchen aus dem HGB Grober, Haftungsfrage, S. 33 (§§ 458 - heute 456 - HGB, 5 - heute 4 - EVO) u. S. 37 (§§ 573 HGB, 29, 43 BSchG); Noah, Einwirkung des Streiks, S. 24 f. (§§ 80 EVO, 29 BSchG); Thomas, Vertragshaftung, S. 64 (§ 454 HGB) u. S. 66 (§§ 455, 456 HGB). Der Grund für die Wahl dieses Ausgangspunktes liegt darin, daß das Problem der privatrechtlichen Haftung systematisch dem bürgerlichen - sowie dem Handelsrecht zugeordnet wird, vgl. dazu den ausdrücklichen Hinweis bei Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 71; auch Söllner, Arbeitsrecht, S. 72 (schuldrechtliche Probleme bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen).

Diskussion der Begründetheit solcher Ansprüche wird jeweils geprüft, ob u. ggf. aus welchen Gründen u.U. eine Haftung des Anspruchsgegners abzulehnen ist.[14]

2. Kapitel: Die ältere Lehre

Die verschiedenen Beiträge der älteren Lehre[15] befassen sich sowohl mit den Einflüssen von Arbeitskämpfen[16] auf privatrechtliche Verträge zwischen Unternehmern u. dritten Personen[17] als auch mit Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen AG u. AN.[18] Überwiegend wird nur auf den Fall der unmittelbaren Kampfbetroffenheit Bezug genommen.[19] Im Zusammenhang mit den durch Arbeitskampfmaßnahmen verletzten vertraglichen Pflichten werden primär Kauf-, Werk- u. Werklieferungs-

---

14 Vgl. z.B. ab -Yberg, Strikes, S. 83 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 25 ff.; Strempel, Leistungsstörungen, insbes. S. 103 ff.; z.T. anders Thomas, Vertragshaftung, S. 12 ff., der bereits vorher einen möglichen Wegfall der Leistungspflicht untersucht.

15 Die bei Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 72 f. erwähnten Nachw. der älteren Lehre sind unvollständig u. ergeben ein schiefes Bild, da von den zahlreichen veröffentlichten Diss. allein auf diejenige von ab -Yberg, Strikes, hingewiesen wird.

16 Z.T. werden nur die Auswirkungen von Streiks untersucht. Die Aussperrung wird berücksichtigt bei Lehmann, Strikes, S. 3 u. S. 14 f.; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 22 ff.; Neugebauer, Erfüllung, S. 7, S. 15 u. S. 21; Simmer, Lieferungsverträge, insbes. S. 24 ff.; Werneburg, Streik, S. 5 ff.

17 Vgl. die Hinweise bei ab -Yberg, Strikes, S. 83; Grober, Haftungsfrage, S. 12; Lehmann, Strikes, S. 3; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 5; Neugebauer, Erfüllung, S. 4 f.; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 4; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 64 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 12; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 25; Werneburg, Streik, S. 5; Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 5.

18 Vgl. Noah wie Fn. 17, S. 2 ff.; Stern wie Fn. 17, S. 4 ff.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 26 ff.

19 Zu den Kennzeichen dieser Konstellation schon oben Einl. (Fallgruppe 1, S. 5). Die Konstellation der mittelbaren Kampfbetroffenheit findet nur bei Neugebauer, Erfüllung, S. 48 ff. u. Noah, Einwirkung des Streiks, S. 23 f. Erwähnung.

verträge untersucht.[20,21] Innerhalb dieser Vertragstypen wird regelmäßig zwischen Stück- u. Gattungsschulden differenziert.[22]

Schwerpunkte der Diskussion bilden die Begriffsbestimmungen von Streik u. Aussperrung[23], die Klassifikation der Streiks unter Berücksichtigung verschiedener Einteilungskriterien[24], Ausführungen zu den möglichen Formen von Leistungsstörungen u. ihren Rechtsfolgen, die Untersuchung der einzelnen in diesem Zusammenhang vom Unternehmer als Anspruchsgegner zu vertretenden Ursachen der Leistungsstörung u. die Prüfung, ob zugunsten des Unternehmers haftungsbefreiende Umstände

20 Vgl. Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 5 u. S 10; Neugebauer wie Fn. 19, S. 7 f.; Noah wie Fn. 19, S. 5; Simmer, Lieferungsverträge, S. 12 f.; Werneburg, Streik, z.B. S. 5.

21 Auf Frachtverträge wird soweit ersichtlich nur im Zusammenhang mit Sonderfällen der verschärften Haftung des Unternehmers von Grober, Haftungsfrage, S. 33 ff. u. Noah, Einwirkung des Streiks, S. 24 f. näher eingegangen.

22 Vgl. ab -Yberg, Strikes, S. 97 ff.; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 10 f.; Neugebauer, Erfüllung, S. 19 u. S. 48 ff. (zur mittelbaren Kampfbetroffenheit); Noah, Einwirkung des Streiks, S. 8; Plambeck, Einfluß von Streik und Sperrklauseln, S. 11 ff.; Schatzmann, Einfluß des Streiks, S. 63 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 30 ff.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 10 ff.; Werneburg, Streik, S. 15 f.; wohl auch Stern, Bedeutung des Streiks, S. 26.

23 Dazu noch näher in dieser Untersuchung unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc,. Die Begriffsklärungen der älteren Lehre lehnen sich weitgehend an Kleeberg, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 1904, S. 226 ff., insbes. S. 238 f. (für den Streik) sowie S. 240 ff., insbes. S. 246 (für die Aussperrung) an, vgl. die entsprechenden Hinweise bei Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 1 ff.; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 1 f.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 2 f.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 3 u. S. 7. Da im Vergleich zu den heute gängigen Def. dieser Begriffe keine wesentlichen Unterschiede bestehen, kann an dieser Stelle auf eine nähere Behandlung verzichtet werden.

24 Zu den verschiedenen Einteilungskriterien näher Neugebauer, Erfüllung, S. 2 f.; Schatzmann, Einfluß des Streiks, S. 12; ausf. Pfister, Streik und Privatrecht, S. 9 ff.

eingreifen können. Daneben bildet die Behandlung der Probleme von Streikklauseln[25] einen weiteren gemeinsamen Schwerpunkt.[26]

Im Gegensatz zu den durchweg sehr ausführlichen Erläuterungen der Begriffe Streik u. Aussperrung wird dem Problem der Zulässigkeit dieser Arbeitskampfmaßnahmen - falls darauf überhaupt eingegangen wird - nur vergleichsweise wenig Raum gewidmet. Immerhin erkennt PFISTER zutreffend, daß der Beantwortung dieser Frage im Hinblick auf die möglichen privatrechtlichen Rechtsfolgen zentrale Bedeutung zukommt.[27] GROBER u. PFISTER kommen bei ihren Untersuchungen zum Ergebnis, daß durch Art. 124, 130, 159 WRV[28] sowie § 152 Abs. 1 GewO[29] lediglich die Streikfreiheit, nicht aber ein Streikrecht gewährleistet sei.[30].

---

25 Die hier unter dem Terminus "Streikklauseln" laufenden Vereinbarungen werden in den Beiträgen der neueren Lehre zumeist als Arbeitskampf - oder als Freizeichnungsklauseln bezeichnet, vgl. z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 956; Löwisch, BB 74, S. 1493; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 90; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 124.

26 Im Gegensatz zu den Streikklauseln finden sich nur selten Hinweise auf eine mögliche Versicherung gegen das Streikrisiko, vgl. Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 43 f.; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 25 f.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 79 f.; Schatzmann, Einfluß des Streiks, S. 66 f. (Streik- u. Boykottversicherung); Werneburg, Streik, S. 19; ausf. zum Ganzen Johst, Streikversicherung, insbes. S. 12 ff.

27 Vgl. Pfister wie Fn. 26, S. 12.

28 Art. 124 WRV regelt die Vereinsfreiheit (heute Art. 9 Abs. 1 GG), Art. 130 WRV stellt eine Sondervorschrift für die Beamten dar u. Art. 159 WRV beinhaltet als Vorläufer von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG die Koalitionsfreiheit.

29 Diese Vorschrift bezieht sich auf die GewO i.d.F. vom 26.7.1900 (RGBl. S. 871). § 152 GewO wurde 1934 durch § 69 Abs. 2 AOG aufgehoben, vgl. Fröhler in Landmann/Rohmer, GewO, § 152, Rdnr. 1; Rohlfing/Kiskalt/Wolff, GewO, S. 541; Sieg/Leifermann, GewO, S. 195. Da auch das AOG durch das KRG Nr. 40 vom 30.11.1946 aufgehoben wurde, ist § 152 GewO nicht mehr geltendes Recht geworden, vgl. Fuhr, GewO, Anm. zu § 152. Dies ist jedoch unschädlich, da Koalitionsrecht u. Koalitionsfreiheit heute unter Art. 9 Abs. 3 GG fallen, so zutr. Rohlfing/Kiskalt/Wolff wie oben; zum Ganzen ausf. unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., c,.

30 Vgl. Edelmann, Haftung, S. 60 f.; Grober, Haftungsfrage, S. 7 ff.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 13 ff.; bezüglich § 152 GewO auch Neugebauer, Erfüllung, S. 24. Zum Unterschied von Streikfreiheit u. Streikrecht Edelmann wie oben, S. 61 f. sowie ausf. unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., a,.

Daraus wird der Schluß gezogen, daß Streiks zwar grundsätzlich nicht gegen strafrechtliche Vorschriften verstießen, andererseits aber sofortige, d.h. ohne Einhaltung der Kündigungsfristen erfolgte Arbeitsniederlegungen privatrechtlich nicht rechtmäßig seien.[31] In dieser Beurteilung - die zumindest stillschweigend auch den anderen Beiträgen der älteren Lehre zugrunde liegt - kommt zum Ausdruck, daß ganz im Gegensatz zur heutigen Sichtweise Arbeitskämpfe nicht als grundsätzlich legitime u. durchaus übliche Mittel zur Regelung von Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen angesehen werden.[32] Vielmehr ist wohl v.a. im Hinblick auf die negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Arbeitskämpfen eine Tendenz zu ihrer möglichst weitgehenden Einschränkung erkennbar[33], ohne daß hierfür allgemeingültige Zulässigkeitskriterien entwickelt werden.[34] Da es noch kein Arbeitskampfrecht als Teilrechtsgebiet gibt, wird eine mögliche Kollision mit BGB bzw. HGB nicht gesehen. Die Haftungsfragen werden daher konsequenterweise ganz überwiegend nur vom Lieferungsvertrag zwischen Unternehmer u. Drittem her zu beantworten versucht.[35] Bei der Einteilung der Streiks wird

---

31 So ausdrücklich Grober wie Fn. 30, S. 11; wohl auch Pfister wie Fn. 30, S. 15 f.; dies entspricht der Auffassung des RAG, vgl. etwa die Nachw. bei Isele, FS für Molitor, S. 111 Fn. 13. Anders Edelmann wie Fn. 30, S. 60 ff., die bereits aufgrund der Streikfreiheit die Widerrechtlichkeit der Arbeitsniederlegung - im Zusammenhang mit der Prüfung von § 831 BGB - innerhalb der Grenzen der Streikerlaubnis verneint.

32 Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 72 spricht in diesem Zusammenhang von "sozialverpflichteten Auseinandersetzungen".

33 So deutlich Simmer, Lieferungsverträge, S. 11.

34 Die heute für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen maßgebenden Kriterien wurden erst ab Mitte der 50er Jahre entwickelt; erst hier hat sich die kollektive Betrachtungsweise des Arbeitskampfes durchgesetzt, vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter I.3.ff. d.G. Kennzeichen der vorher herrschenden individualrechtlichen Sicht des Arbeitskampfes ist die Auffassung, Arbeitsniederlegungen ohne Einhaltung von Kündigungsfristen seien widerrechtliche u. schuldhafte Verletzungen der jeweiligen Arbeitsverträge, vgl. etwa Grober wie Fn. 30, S. 11; Pfister wie Fn. 30, S. 15 f. Zur individual- u. kollektivrechtlichen Arbeitskampftheorie im einzelnen noch unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., 1.

35 Vgl. Lehmann, Strikes, S. 20; Neugebauer, Erfüllung, S. 5; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 66; Simmer, Lieferungsverträge, S. 21 Fn. 33; a.A. nur ab -Yberg, Strikes, S. 93 ff., der die Lösung der Haftungsfragen aus der arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen AG u. AN zu gewinnen versucht u. über die Kategorie des Zufalls zu einer weitgehenden Ablehnung der Haftung des Unternehmers gegenüber Dritten gelangt.

überwiegend zwischen Abwehr-, Angriffs-[36] u. Sympathiestreiks unterschieden, z.T. werden ferner noch politische- u. Generalstreiks berücksichtigt.[37]

Breiten Raum nehmen die Ausführungen zu den möglichen Formen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen ein.[38] Dabei finden sich sowohl Erörterungen allgemeinster Art[39] als auch Untersuchungen über die

---

36 Die Unterscheidung zwischen Abwehr- u. Angriffsstreiks wird aus der Sicht der AN getroffen, zutr. Lehmann, Strikes, S. 16. Beim Angriffsstreik streben die AN eine Verbesserung der bisherigen Arbeitsbedingungen an, während sie sich mit einem Abwehrstreik gegen eine Verschlechterung der bisherigen Arbeitsbedingungen wehren, vgl. z.B. Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 2; Neugebauer, Erfüllung, S. 2; grundsätzlich auch Bernstein, Streik, S. 49. Abl. Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 30. Da bei Streiks häufig verschiedene Ursachen zusammenwirken, wird auf die Erscheinungsform des sog. gemischten Streiks hingewiesen, vgl. etwa Pfister, Streik und Privatrecht, S. 10; Plambeck, Einfluß von Streik- und Sperrklauseln, S. 19 f.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 35 f.

37 Vgl. ab -Yberg, Strikes, S. 16 ff.; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 2 f.; Neugebauer, Erfüllung, S. 2 f.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 10; Simmer, Lieferungsverträge, S. 18; Werneburg, Streik, S. 4 u. S. 17. Zu den Begriffsklärungen des Sympathie-, des politischen - sowie des Generalstreiks näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (3.), (6.) u. (7.).

38 Überwiegend wird in diesem Zusammenhang zwischen Schuldnerverzug u. Unmöglichkeit der Leistung unterschieden, vgl. Lehmann, Strikes, S. 7 ff. u. S. 14; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 5 ff. u. S. 20 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 14; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 25 ff. u. S. 33 f.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 8 ff. Z.T. finden sich auch Hinweise auf die Fälle der mangelhaften Leistung, so bei Pfister, Streik und Privatrecht, S. 65; Simmer, Lieferungsverträge, S. 14 u. S. 45 ff.; Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 6, den Annahmeverzug, vgl. Stern, Bedeutung des Streiks, S. 34 sowie die Diff. zwischen Annahmeverzug u. der Rechtslage beim Bestehen von Abnahmepflichten bei Neugebauer, Erfüllung, S. 14 f.

39 Hingewiesen sei nur auf die Ausführungen zu dauernder - vorübergehender, vollständiger - teilweiser Unmöglichkeit der Leistung, zur Abgrenzung von Unmöglichkeit u. Schuldnerverzug sowie zur Prüfung, wann bei Sukzessivlieferungsverträgen u. der Lieferung von Saisonartikeln Unmöglichkeit der Leistung eintritt, vgl. statt vieler Neugebauer, Erfüllung, S. 9 ff.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 25 ff. Diese Fragen interessieren hier nur z.T. in anderem Zusammenhang, da sie grundsätzlich nicht themenspezifisch sind. Zur Kategorie der vorübergehenden Unmöglichkeit unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, II.

Zusammenhänge zwischen Arbeitseinstellung u. Vertragsverletzung gegenüber dem Dritten.[40]

Beim Vertretenmüssen des Schuldners wird der Akzent auf ein mögliches Verschulden des Unternehmers in Form von Vorsatz u. Fahrlässigkeit gesetzt.[41] Beim Eigenverschulden (§ 276 Abs. 1 BGB) in der Form eines Streik- bzw. Arbeitskampfverschuldens[42] steht das Problem, ob u. ggf. inwieweit Forderungen der AN bzw. Gewerkschaften erfüllt werden müssen, um dem Dritten gegenüber keine Vertragsverletzung zu begehen, im Mittelpunkt.[43] Die überwiegende Meinung kommt dabei unter Zugrundelegung des oben bereits erwähnten Streikeinteilungsschemas[44] zum Ergebnis, daß Angriffsstreiks i.a. vom Unternehmer nicht zu vertretende Ereignisse seien[45], während bei Abwehrstreiks[46] u. Aus-

40 Dies betrifft insbes. das Problem, in welchen Fällen die Arbeitsniederlegung zur Vertragsverletzung gegenüber Dritten führt, wobei insoweit die Unmöglichkeit der Leistung im Vordergrund steht, vgl. Lehmann, Strikes, S. 14; ausf. Neugebauer, Erfüllung, S. 21 ff.

41 Dies hat seinen wesentlichen Grund darin, daß zumindest das BGB vom Grundsatz der Verschuldensabhängigkeit der Haftung ausgeht; dazu näher unten 2. Teil, 1. Kap., § 2, I., 2.

42 Dieser Aspekt wird in dieser Untersuchung unter dem umfassenderen Begriff "Arbeitskampfverschulden" noch Berücksichtigung finden (unten 4. Teil, 1. Kap., § 1).

43 Diese Frage wird innerhalb der älteren Lehre völlig kontrovers behandelt, vgl. zum Streitstand den Überblick bei Neugebauer, Erfüllung, S. 24 ff. Von der bei diesem Punkt vertretenen Auffassung hängen weitgehend auch die Ergebnisse hinsichtlich des Vertretenmüssens des Unternehmers ab.

44 Oben S. 20 f. (vor Fn. 37).

45 Vgl. ab -Yberg, Strikes, S. 93 u. S. 95; Lehmann, Strikes, S. 21 ff.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 67; Simmer, Lieferungsverträge, S. 21 ff.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 36 f.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 19 ff.; Werneburg, Streik, S. 11 ff.; a.A. Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 27 ff., insbes. S. 30 f.; Schatzmann, Einfluß des Streiks, S. 55 ff. (Interessensabwägung im Einzelfall); auch Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 19 ff. u. S. 29 f. Anders Noah, Einwirkung des Streiks, S. 17, der insoweit darauf abstellen will, ob der Streik der AN berechtigt ist.

46 Vgl. Lehmann wie Fn. 45, S. 17 ff.; Lorenz wie Fn. 45, S. 31 f.; Pfister wie Fn. 45, S. 65 ff.; Plambeck, Einfluß von Streik- und Sperrklauseln, S. 20 ff., insbes. S. 23 (für bereits geschlossene Verträge); Simmer wie Fn. 45, S. 19 ff.; Werneburg wie Fn. 45, S. 9 ff. A.A. ab -Yberg wie Fn. 45, S. 93 ff., der auch Abwehrstreiks wenigstens z.T. als Zufall ansieht. Diff. Schatzmann wie Fn. 45, S. 54 f.; Stern wie Fn. 45, S. 37 ff. (Abhängigkeit der Entscheidung vom jeweiligen Einzelfall); ebenso Völkers wie Fn. 45, S. 17 ff. (unter Hinweis auf § 242 BGB).

sperrungen[47] das Gegenteil behauptet wird.[48,49] Bei Sympathie-, politischen - u. Generalstreiks besteht Einigkeit, daß es sich hierbei um Umstände handelt, für die der Unternehmer nicht einzustehen habe.[50] Auf ein mögliches Vorsorgeverschulden[51] des Unternehmers wird demgegenüber nur selten eingegangen.[52]

---

47 Vgl. Lehmann wie Fn. 45, S. 15 f.; Lorenz wie Fn. 45, S. 32 ff.; Noah wie Fn. 45, S. 13 f.; Werneburg wie Fn. 45, S. 8.

48 Die Ergebnisse bei Abwehrstreiks u. Aussperrungen werden damit begründet, daß hier in den meisten Fällen der Unternehmer schuldhaft die Ursache für die Vertragsverletzung gegenüber dem Dritten setzt, vgl. etwa Lehmann wie Fn. 45, S. 15 (Aussperrung) u. S. 17 ff. (Abwehrstreik); Pfister wie Fn. 45, S. 66 (Abwehrstreik); Stern wie Fn. 45, S. 37 (Abwehrstreik). Demgegenüber sieht die h.M. bei Angriffstreiks die Erhebung der Forderungen durch die streikenden AN als Ursache der Vertragsverletzung an u. lehnt in diesen Fällen ein Vertretenmüssen des Unternehmers gem. § 276 Abs. 1 BGB weitgehend ab, vgl. Grober, Haftungsfrage, S. 12; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 67; wohl auch Noah, Einwirkung des Streiks, S. 6; a.A. Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 23 ff. (Kausalität) u. S. 27 ff. (Vertretenmüssen) sowie Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 28 ff., die auch beim Angriffstreik das Handeln des Unternehmers als causa für die Vertragsverletzung ansehen, da die Forderungen der AN i.d.R. erfüllt werden könnten.

49 Hinzuweisen ist darauf, daß sich die weitgehende Einigkeit unter den verschiedenen Autoren nur auf die Ergebnisse, nicht aber auch auf die hierzu vorgetragenen Begründungen erstreckt. Außerdem werden die grundsätzlichen Ergebnisse durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen, zutr. Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 18. Es entsteht der Eindruck, daß am Ende doch nur auf dem jeweiligen Einzelfall abgestellt werden soll, so deutlich etwa bei Stern, Bedeutung des Streiks, S. 57; für den Abwehrstreik auch Plambeck, Einfluß von Streik- und Sperrklauseln, S. 23 ff., insbes. S. 24 f.

50 Vgl. Grober, Haftungsfrage, S. 26 f.; Lehmann, Strikes, S. 16; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 35 f.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 67; Plambeck wie Fn. 49, S. 20; Schatzmann, Einfluß des Streiks, S. 58 ff.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 21; Stern wie Fn. 49, S. 39 f.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 21; Werneburg, Streik, S. 17; Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 19.

51 Zum Begriffsinhalt noch die Hinweise unten 4. Teil, 1. Kap., § 1.

52 Andeutungen finden sich - allerdings in anderem Zusammenhang - bei Neugebauer, Erfüllung, S. 41 f., der eine Pflicht zur Lagerhaltung weitgehend ablehnt, so daß auch für ein mögliches Verschulden des Unternehmers der Ansatzpunkt fehle. Im Ergebnis ebenso Pfister, Streik und Privatrecht, S. 69.

Da die h.M. innerhalb der älteren Lehre bei Angriffsstreiks das Handeln der AN als Ursache für die gegenüber Dritten begangene Vertragsverletzung ansieht,[53] wird z.T. konsequenterweise untersucht, ob sich der AG/Unternehmer dieses Handeln gem. § 278 BGB zurechnen lassen muß.[54] Die Anwendbarkeit von § 278 BGB bei Arbeitskämpfen wird nicht einheitlich beantwortet; in erster Linie ist dabei die Erfüllungsgehilfeneigenschaft streikender AN str..[55]

In den Fällen des Vorliegens von Gattungsschulden wird auf eine mögliche Einstandspflicht des Unternehmers gem. § 279 BGB hingewiesen.[56] Weitgehend Einigkeit besteht darin, daß es sich bei derartigen Verbindlichkeiten i.d.R. nicht um unbeschränkte Gattungsschulden, sondern vielmehr um Vorratsschulden[57] handeln wird.[58] Die Anwendbarkeit von § 279 BGB wird in diesen Fällen überwiegend abgelehnt.[59]

---

53 Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 48.

54 Vgl. Edelmann, Haftung, S. 22 ff.; Grober, Haftungsfrage, S. 12 ff.; Lehmann, Strikes, S. 27; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 14 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 15 f.

55 Abl. Edelmann wie Fn. 54, S. 40 ff.; im Ergebnis ebenso Lehmann wie Fn. 54, S. 27; grundsätzlich auch Noah wie Fn. 54, S. 14 f. u. Simmer wie Fn. 54, S. 16. Diff. Grober wie Fn. 54, S. 21 ff., der § 278 BGB dann anwenden will, wenn die AN ohne Einhaltung der vorgesehenen Kündigungsfristen in den Streik treten, da sie in diesen Fällen nach wie vor zur Arbeitsleistung verpflichtet seien.

56 Vgl. ab -Yberg, Strikes, S. 97 u. S. 99 f.; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 11; Neugebauer, Erfüllung, S. 46 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 30 f.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 28; Werneburg, Streik, S. 15; wohl auch Lehmann, Strikes, S. 6 f.; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 8; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 69.

57 Zu diesen Begriffen näher unten 3. Teil, 3. Kap., § 1.

58 Vgl. Neugebauer, Erfüllung, S. 45 f.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 69; Simmer, Lieferungsverträge, S. 32; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 28; wohl auch Lehmann, Strikes, S. 27; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 14 f.; a.A. offenbar Werneburg, Streik, S. 15. Überwiegend wird das Vorliegen von Vorratsschulden mit dem darauf gerichteten, übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien begründet.

59 Vgl. Lehmann wie Fn. 58; Pfister wie Fn. 58; wohl auch Lorenz wie Fn. 58, S. 15; Simmer wie Fn. 58; Stern wie Fn. 58; a.A. Neugebauer wie Fn. 58, S. 46 f., der offenbar auch bei Vorratsschulden die Beschaffungspflicht nur durch § 242 BGB einschränken will.

Unabh. davon wird die Beschaffungs- bzw. Einstandspflicht des Gattungsschuldners[60] durch § 242 BGB begrenzt.[61]

Schließlich werden im Zusammenhang mit der Frage des Vertretenmüssens des Unternehmers z.T. Überlegungen angestellt, ob zu seinen Gunsten Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgründe eingreifen können. Dies wird im Ergebnis aber überwiegend abgelehnt.[62] Ferner gehen einige Autoren auf Fälle verschuldensunabhängiger Haftung insbes. am Beispiel der Haftung der Eisenbahn beim Eisenbahnfrachtvertrag (§§ 456, 458 HGB, 5 EVO)[63] sowie der Schiffahrt (§§ 573 HGB, 29, 43 BSchG)[64,65] ein. Nur bei Vorliegen solcher Haftungsverschärfungen[66] gewinnt das Problem Bedeutung, ob u. ggf. welche Arbeitskampfformen als Zu-

---

60 Zur Einordnung dieser Pflicht im einzelnen noch unten 3. Teil, 3. Kap., § 1.

61 Diese Pflicht des Schuldners soll dann ihre Grenze finden, wenn der ihm zumutbare Aufwand an Geld, Zeit u. Arbeit überschritten wird, vgl. statt vieler Stern wie Fn. 58, S. 26 m.w.N. in Fn. 1.

62 Genannt werden Mitgliedschaft der streikenden AN in der Gewerkschaft, vgl. Grober, Haftungsfrage, S. 20; "moralischer Notstand" bei Abwehrstreiks, vgl. Lehmann, Strikes, S. 19 u. Simmer, Lieferungsverträge, S. 20; Anordnung einer Aussperrung durch den AG-Verband, vgl. Noah, Einwirkung des Streiks, S. 13 f. u. Werneburg, Streik, S. 11. Nur Lehmann u. Simmer wollen ausnahmsweise auf diesem Weg eine Entlastung des Schuldners bejahen.

63 Vgl. Grober wie Fn. 62, S. 33 ff.; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 36.

64 Vgl. Grober wie Fn. 62, S. 37 ff.; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 25.

65 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Hinweise bei Simmer, Lieferungsverträge, S. 17 f. auf weitere Beispiele verschuldensunabhängiger Haftung des Schuldners.

66 Es handelt sich um Fälle der Haftung bis zur Grenze der höheren Gewalt ohne Rücksicht auf ein Verschulden (Eisenbahn), vgl. Finger, EVO, § 82, Anm. 1.b,; Goltermann/Konow, EVO, Vor § 82, Anm. 1; Helm in Großkomm. HGB, § 460, Anh. I (§ 82 EVO), Anm. 1, bzw. der Haftung für Zufall unter Berücksichtigung des Sphärengedankens (Schiffahrt), vgl. Prüssmann, Seehandelsrecht, § 573 HGB, Anm. 2 a,.

fall[67] oder höhere Gewalt[68] angesehen werden können.[69,70]

An die Diskussion des Vertretenmüssens schließt sich regelmäßig die Prüfung an, ob in den Fällen, in denen die Voraussetzungen für die Haftung des Unternehmers für arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen erfüllt sind, gleichwohl zu seinen Gunsten haftungsbefreiende Umstände eingreifen. Dies soll zumindest in Einzelfällen dazu führen, daß die gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen nicht eintreten.[71] Bei diesen möglichen haftungsbefreienden Umständen handelt es sich um "Grenzinstitute des Zivilrechts",[72,73] im einzelnen um höhere Gewalt,[74] Zufall[75] u. Ausschluß der Haftungsfolgen aufgrund des Grundsatzes von Treu u. Glauben (§ 242 BGB).[76] Weitestgehend Einigkeit besteht darin, daß Sympathie- u. politische Streiks als Fälle höherer Gewalt anzusehen seien, da sie ihren Ursprung nicht im Betrieb des Unterneh-

---

67 Unter "Zufall" sind Ereignisse zu verstehen, die weder vorsätzlich noch fahrlässig verursacht wurden, vgl. statt vieler Fikentscher, Schuldrecht, S. 279.

68 Zum Verhältnis zwischen "Zufall" u. "höherer Gewalt" die Hinweise bei Fikentscher wie Fn. 67.

69 Zutr. Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 36; vgl. dazu auch ab -Yberg, Strikes, S. 86 u. Lehmann, Strikes, S. 30.

70 Ein Teil der Beiträge der älteren Lehre geht auf diese Aspekte ein, vgl. ab -Yberg wie Fn. 69, S. 28 ff.; Lorenz wie Fn. 69, S. 36 f.; Schatzmann, Einfluß des Streiks, S. 64 f.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 26 ff.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 40 ff.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 21 f.

71 So deutlich Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 59 (zu § 242 BGB); vgl. auch ab -Yberg wie Fn. 69, S. 89 (zur höheren Gewalt) u. S. 90 ff. (zum Zufall).

72 So bezeichnet von Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 73.

73 Die ausschließliche Heranziehung zivilrechtlicher Rechtsinstitute zur Begründung eines Haftungsausschlusses kann neben der oben (S. 19 f.) bereits angesprochenen Sichtweise des Arbeitskampfes als zweites Charakteristikum der älteren Lehre angesehen werden.

74 Vgl. dazu bereits die Nachw. oben in Fn. 70.

75 Dazu insbes. ab -Yberg, Strikes, S. 90 ff.

76 Vgl. Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 31 ff., S. 52 ff. u. S. 59 ff.

mers hätten u. dieser sie daher auch nicht abwenden könne.[77] Demgegenüber ist str., ob auch wirtschaftliche Streiks[78] unter den Begriff der höheren Gewalt fallen können[79], ob Abwehrstreiks als Zufall anzusehen seien[80] sowie Rechtsnatur u. mögliche Auswirkungen des Grundsatzes von Treu u. Glauben (§ 242 BGB).[81]

Im Mittelpunkt der Ausführungen zu Streikklauseln[82,83] steht deren Vereinbarkeit mit § 276 Abs. 2 BGB. Eine mögliche Durchbrechung der Wertungen dieser Vorschrift wird soweit ersichtlich nicht befürwor-

---

77 Vgl. Grober, Haftungsfrage, S. 31 f. (unter Einschluß des Generalstreiks); Lehmann, Strikes, S. 37; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 36 f. (ohne Berücksichtigung des politischen Streiks); Simmer, Lieferungsverträge, S. 27; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 41; weitgehend abl. offenbar ab -Yberg, Strikes, S. 89, der allerdings nur den Streik bei der Eisenbahn behandelt.

78 Unter wirtschaftlichen Streiks versteht die ältere Lehre Angriffs- u. Abwehrstreiks, vgl. dazu die Hinweise oben in Fn. 36.

79 Für Fälle außerhalb des Betriebs stattfindender Streiks bejahend Grober, Haftungsfrage, S. 30; in extremen Ausnahmefällen wollen ferner Simmer, Lieferungsverträge, S. 28 u. Stern, Bedeutung des Streiks, S. 28 Angriffstreiks als Erscheinungsformen höherer Gewalt anerkennen. Grundsätzlich wird jedoch bei Angriffs- u. Abwehrstreiks sowie bei Aussperrungen das Vorliegen höherer Gewalt abgelehnt, vgl. Lehmann, Strikes, S. 28 ff.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 27 f.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 41 f.

80 Dafür soweit ersichtlich nur ab -Yberg, S. 90 ff. sowie ausdrücklich S. 95, allerdings unter Diff. zwischen Angriffs- u. Abwehrstreiks. Bei Sympathiestreiks auch Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 35 f.

81 Dazu ausf. Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 36 ff.

82 Der Begriff "Streikklausel" wird mit unterschiedlicher Bedeutung verwendet. Denkbar ist, daß damit alle im Zusammenhang mit Streiks stehenden Vertragsbestimmungen gemeint sind oder aber nur die Haftungsfragen umfaßt sein sollen, vgl. etwa Lehmann, Strikes, S. 41; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 76. Im Rahmen dieser Untersuchung interessiert nur die Bedeutung i.e.S.

83 Zu möglichen Ausgestaltungen von Streikklauseln vgl. die Hinweise bei Grober, Haftungsfrage, S. 45; Krückmann, AcP 116, S. 421 ff. (unter Hinweis auf die Rechtsprechung); Lehmann, Strikes, S. 41 ff.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 77; Schatzmann, Einfluß des Streiks, S. 65 f.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 43 f.; Werneburg, Streik, S. 17 f.; Völkers, Zivilrechtliche Bedeutung, S. 22 ff.

tet.[84,85] Nicht ganz einheitlich wird dagegen das Problem gelöst, ob auch aussperrungsbedingte Folgen ohne weiteres von Streikklauseln erfaßt werden.[86]

Einigkeit besteht demgegenüber bei folgenden Fragen: Grundsätzlich soll sich nur der Schuldner auf Streikklauseln berufen können[87], wobei als weitere Voraussetzung gefordert wird, daß zwischen Streik u. Leistungsstörung ein Kausalzusammenhang bestehen muß.[88] Streikklauseln sollen die Beweislast zugunsten des Schuldners umkehren.[89] Die Lehre von der gesetzlichen Streikklausel[90] wird abgelehnt.[91]

---

84 Für uneingeschränkte Geltung von § 276 Abs. 2 BGB Lehmann, Strikes, S. 44; Lorenz, Streik und Aussperrung, S. 42 f.; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 19 f.; Plambeck, Einfluß von Streik- und Sperrklauseln, S. 31 ff.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 49 f.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 44; Werneburg, Streik, S. 19; unklar Grober, Haftungsfrage, S. 48, der nur auf mögliche Verstöße gegen § 138 BGB hinweist.

85 In diesem Zusammenhang wird allerdings z.T. darauf hingewiesen, daß nur der Ausschluß der Rechtsfolgen von Verzug u. Unmöglichkeit - gemeint sind offenbar in erster Linie Schadensersatzansprüche - nicht mit § 276 Abs. 2 BGB in Einklang stehe, die Vereinbarung von Fristverlängerungen u. Rücktrittsrechten aber insoweit unbedenklich sei, vgl. Lehmann, Strikes, S. 44.

86 Abl. Grober, Haftungsfrage, S. 52; Krückmann, AcP 101, S. 432; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 21. Diff. Simmer, Lieferungsverträge, S. 49, der im Einzelfall auf den Parteiwillen abstellen will. Unklar Lehmann, S. 44, der im Zusammenhang mit Aussperrungen nur auf § 276 Abs. 2 BGB hinweist.

87 Vgl. Grober, Haftungsfrage, S. 51 f.; Noah, Einwirkung des Streiks, S. 19. Etwas anderes soll nur im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung gelten, so Grober wie oben, S. 52.

88 Vgl. Grober wie Fn. 87, S. 43 u. S. 48; Noah wie Fn. 87, S. 20; wohl auch Simmer wie Fn. 86, S. 48 f.

89 Vgl. Grober wie Fn. 87, S. 43; Krückmann, AcP 101, S. 433 f.; ders., AcP 116, S. 426; Noah wie Fn. 87, S. 22 f.; Pfister, Streik und Privatrecht, S. 79; Simmer, Lieferungsverträge, S. 52; Werneburg, Streik, S. 19; Wolff, Einwirkung des Streikes, S. 62.

90 Dazu ausf. Krückmann, AcP 101, S. 140 ff., insbes. S. 141 f.; ders., AcP 101, S. 432 ff.

91 Vgl. Grober wie Fn. 87, S. 42 f.; Lorenz wie Fn. 84, S. 39 f.; Werneburg wie Fn. 89, S. 18 f.; a.A. offenbar Pfister wie Fn. 89, S. 78 f.

3. Kapitel: Die neuere Lehre[92]

§ 1: Vorbemerkung

Innerhalb der der neueren Lehre zuzuordnenden Beiträge bestehen neben völlig verschiedenartigen dogmatischen Ansatzpunkten im Hinblick auf das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht sowie stark kontroverser Behandlung von Einzelfragen[93] auch beträchtliche Meinungsunterschiede bei der Behandlung von Grundlagenproblemen, deren Bedeutung sogar über das hier im Blickpunkt stehende bereits sehr allgemein formulierte Thema weit hinausgeht.[94] Ferner ist darauf hinzuweisen, daß sich die vorliegenden Stellungnahmen im Gegensatz zu den Beiträgen der älteren Lehre weitgehend auf die Behandlung von Einzelfragen beschränken.[95]

Schon hinsichtlich der Anzahl der vertretenen unterschiedlichen dogmatischen Ansatzpunkte besteht im Schrifttum kein Konsens.[96] So will LAUSCHKE nur zwei verschiedene Meinungsgruppen unterscheiden, die arbeitsrechtliche u. die zivilistische Richtung.[97] SCHLÜTER differenziert zwischen drei verschiedenen Ausgangspunkten, nämlich zivilrechtliche Betrachtungsweise, Trennung zwischen Arbeitskampfrecht u. Zivilrecht unter Berücksichtigung verschiedener Zumutbarkeitsgesichtspunkte im Hinblick auf Haftungsbeschränkungen bzw. -ausschlüsse zugunsten des Anspruchsgegeners sowie drittens Ablehnung der Trennung zwi-

---

92 Unter der Bezeichnung "neuere Lehre" werden die ab 1963 veröffentlichten Beiträge zum hier interessierenden Thema zusammengefaßt. Vgl. bereits den Hinweis oben Einl. (S. 7 sowie Fn. 26 u. 27).

93 Vgl. im einzelnen die Darstellung unten § 2.

94 Dies gilt insbes. für die Diskussion über die Bestimmung der Rechtswidrigkeit im Vertragsrecht. Dazu die näheren Ausführungen unten 3. Teil 2. Kap., § 1, II. 1., d,.

95 Dies ist darauf zurückzuführen, daß es sich - abgesehen insbes. von den bereits oben (Einl. Fn. 26) erwähnten 6 Diss. - bei den Veröffentlichungen vorwiegend um Aufsätze bzw. Referate handelt.

96 Ferner werden zusätzliche Unklarheiten durch die z.T. unterschiedliche Bezeichnung derselben Ansätze geschaffen. Nur wenige Autoren haben es im übrigen für notwendig erachtet, auf diese Frage einzugehen u. zu diesem Zweck eine Analyse vorzunehmen.

97 Vgl. Lauschke, DB 66, S. 137.

schen Arbeitskampfrecht u. Zivilrecht.[98] Andere Autoren gehen von vier verschiedenen Ansatzpunkten aus. So will MÜLLER im Zusammenhang mit der Behandlung der Frage eines möglichen pflichtwidrigen Verhaltens des Unternehmers hinsichtlich der eingetretenen Leistungsstörungen folgende Positionen unterscheiden:[99] Anwendung der Lehre von der Sozialadäquanz[100] im Zivilrecht, Konstruktion vom aufwandsqualifizierten Erfolgsunrecht[101], Anwendung der Geschäftsgrundlagenlehre u. der Ansatz von der Interpretation des Inhalts von Lieferverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Sukzessivlieferungsverträge.[102] Eine andere ebenfalls viergliedrige Differenzierung nimmt BRENDEL vor.[103] Er trennt zwischen dem Ansatz vom Inhalt der Lieferungsverträge, der Anwendbarkeit der Theorie vom zweiseitig kollektiven Wesen des Arbeitskampfes[104] im Schuldrecht, der Bedeutung einer möglichen verfassungsrechtlichen Anerkennung von Streik u. Aussperrung für die schuldrechtliche Haftung[105] sowie der Betrachtung des Streiks als "Eingriff von hoher Hand".[106] Schließlich ist auf die fünfteilige Untergliederung von LÖWISCH hinzuweisen.[107] Hier wird zwischen folgenden Ansätzen unterschieden: Trennung der Rechtskreise des kollektiven Arbeitsrechts u. des zivilen Vertragsrechts; Vorrang des kollektiven Arbeitsrechts vor dem zivilen Vertragsrecht in den Fällen der Kollision beider Teilrechtsgebiete; Berücksichtigung der

---

98 Vgl. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 229 f.

99 Vgl. Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 74 ff.

100 Dazu ausf. unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, II., 1.

101 Vgl. dazu näher Esser, JZ 63, S. 490; vgl. auch die Hinweise bei Pietras, Arbeitskampf, S. 83.

102 Dazu gleich unter § 2, III.

103 Vgl. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 8 ff.

104 Zu dieser Theorie ausf. Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 179 ff. sowie unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., 1., b, bb,.

105 Dazu ausf. 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2.

106 Vgl. dazu Mayer-Maly, Referat, S. 7 f.; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S. 37; Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 11 f. sowie unten § 3 u. 3. Teil, 2. Kap., § 1, III.

107 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 228 ff.

Arbeitskampfsituation im Rahmen von verschiedenen, systematisch dem Schuldrecht zuzurechnenden Zumutbarkeitsgesichtspunkten; Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung[108]; Anwendung der Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre.

Bereits dieser kurze Überblick zeigt, daß die Ergebnisse der Analysen von verschiedenen Autoren uneinheitlich u. von beträchtlicher Unsicherheit sowie Unklarheit gekennzeichnet sind. Diese Feststellung legt es nahe, im folgenden nicht einfach einen der skizzierten Vorschläge zu übernehmen. Vielmehr soll versucht werden, für die anschließende Darstellung des Inhalts der verschiedenen Untersuchungen der neueren Lehre eine passende Form der Gliederung zu finden, die insbes. die unterschiedlichen dogmatischen Ausgangspunkte berücksichtigt.

Aus der oben vorgenommenen grundsätzlichen Skizzierung lassen sich zunächst zwei elementare, sich gegenseitig ausschließende Positionen ableiten.[109] Eine Meinungsgruppe läßt sich dadurch charakterisieren, daß durch Heranziehung arbeitskampfrechtlicher Grundsätze u. Wertungen unter bestimmten Voraussetzungen ein Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht[110] bzw. dem Handelsrecht zu begründen versucht wird. Diese Position soll hier im folgenden als arbeitsrechtlicher Ansatz bezeichnet werden.[111] Die andere Meinungsgruppe zeichnet sich

---

108 Dazu näher unten § 2, III.

109 Insoweit ist Lauschke, DB 66, S. 137 zuzustimmen.

110 Z.T. wird in diesem Zusammenhang anstelle von "Schuldrecht" der Terminus "ziviles Vertragsrecht" verwendet, vgl. z.B. Löwisch, AcP 174, S. 228 u. S. 229; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 229. Diese Bezeichnung kann hier nicht übernommen werden, da der Untersuchungsgegenstand auch nichtvertragliche Ansprüche einschließt; vgl. bereits den Hinweis oben Einl. (S. 3 ff.) sowie die Ausführungen unten 2. Teil, 2. Kap., § 2 u. 3. Kap.

111 Wesentliches Kennzeichen der arbeitsrechtlichen Ansätze ist die Sichtweise, daß sich Arbeitskampf- u. Schuld- bzw. Handelsrecht teilweise überschneiden u. daher miteinander kollidieren können. Von den denkmöglichen Konstellationen, die eine solche Konfliktlage lösen können, ist bisher nur diejenige vertreten worden, die dem Arbeitskampfrecht den teilweisen Vorrang vor den beiden anderen Teilrechtsgebieten einräumt; zur Bezeichnung dieses Ansatzes bietet sich daher m.E. der Terminus "Vorrangtheorie" an. Um möglichen Mißverständnissen vorzubeugen sei darauf hingewiesen, daß die hier als "Vorrangtheorie" bezeichnete Meinungsgruppe nichts mit

demgegenüber dadurch aus, daß - ausdrücklich oder stillschweigend - davon ausgegangen wird, Arbeitskampfrecht u. Schuld- bzw. Handelsrecht seien zwei völlig voneinander unabhängige Teilrechtsgebiete die beziehungslos nebeneinander stünden.[112] Diese Position soll im folgenden als schuldrechtlicher Ansatz bezeichnet werden.[113] Die Arbeitskampfsituation wird von den Vertretern dieser Richtung grundsätzlich nur unter Zwischenschaltung von schuldrechtlichen Rechtsinstituten zugunsten der jeweiligen Anspruchsgegner berücksichtigt. Bezüglich dieser Rechtsinstitute bestehen v.a. im Hinblick auf Rechtsnatur u. Rechtsfolgen deutliche Unterschiede. Während nämlich die unter dem Stichwort "Zumutbarkeit"[114] laufenden Erwägungen systematisch nahezu ausschließlich bei Rechtswidrigkeit u. Schuld eingeordnet werden[115], führt die mögliche Anwendbarkeit der Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre zur Anpassung bzw. zur Beendigung des jeweiligen Vertrages.[116,117] Davon unterscheidet sich wiederum die hier als "Ansatz

---

der das Verhältnis der §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Einl.satz BetrVG 1972 betreffenden, ebenfalls als Vorrangtheorie bezeichnete Auffassung zu tun hat. Zu dieser betriebsverfassungsrechtlichen Vorrangtheorie näher etwa Farthmann, RdA 74, S. 71 f.; Reuter, SAE 76, S. 15 ff. sowie ausf. Säcker, ZfA 72 (Sonderheft), S. 64 ff.

112 So deutlich Hohn, DB 65, S. 503; ders., Unternehmerhaftung, S. 14; vgl. auch die Hinweise bei Löwisch, AcP 174, S. 228 f. u. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 229.

113 Auch diese Bezeichnung findet ihre Begründung im Kerngedanken dieser Auffassung, die Lösung der privatrechtlichen Haftungsfragen im Ergebnis allein unter Zugrundelegung schuldrechtlicher Wertungen vorzunehmen.

114 So bezeichnet von Löwisch, AcP 174, S. 230. Zu den einzelnen unter diesem Begriff laufenden Kriterien näher unten § 2, II.

115 So deutlich Esser, JZ 63, S. 490 ff. Vgl. auch die Nachw. unten in Fn. 152.

116 Zu diesen Rechtsfolgen sowie zu ihrem Verhältnis zueinander etwa BGB-RGRK/Alff, § 242, Rdnr. 67 u. 68; Soergel/Siebert/Knopp, BGB, § 242, Rdnr. 414 u. 428. Vgl. dazu auch noch die Hinweise unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, II.

117 Ohne an dieser Stelle auf Einzelheiten der Geschäftsgrundlagenlehre eingehen zu müssen, sei darauf hingewisen, daß diese Figur auf dem Gedanken von Treu u. Glauben (§ 242 BGB) beruht, vgl. statt vieler Brox, Schuldrecht AT, S. 54; Pietras, Arbeitskampf, S. 125; Soergel/Siebert/Knopp, BGB, § 242, Rdnr. 366; Staudinger/Schmidt, BGB, § 242, Rdnr. 833. Daher wird man davon ausgehen müssen, daß die Berufung auf Fehlen bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage zu einem Gegenrecht des Schuldners führt, das dem Anspruch des Gläubi-

von der vertraglichen Risikoteilung" bezeichnete Sichtweise[118], die auf der Auslegung u. Interpretation der jeweiligen Vertragsinhalte aufbaut.[119]

Ein weiterer signifikanter Unterschied innerhalb der den schuldrechtlichen Ansätzen zuzurechnenden Beiträgen besteht darin, daß ein Teil der Autoren die Berücksichtigung der Arbeitskampfsituation über Zumutbarkeitskriterien zugunsten des Anspruchsgegners generell ablehnt[120], während andere sie unter bestimmten Vor. zumindest im Einzelfall durchgreifen lassen wollen.[121]

Aus den oben aufgeführten Gründen ist daher innerhalb der den schuldrechtlichen Ansätzen zuzurechnenden Auffassungen folgende Untergliederung zweckmäßig: Es wird zunächst unterschieden zwischen Meinungen, die die Arbeitskampfsituation überhaupt nicht zugunsten der Anspruchs-

---

gers entgegengesetzt werden kann, vgl. BGB-RGRK/Alff, § 242, Rdnr. 88. Die Geschäftsgrundlagenlehre kann somit als Haftungsbefreiungsgrund angesehen werden; wie hier Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 55; Strempel, Leistungsstörungen, S. 103 ff.; anders Thomas, Vertragshaftung, S. 13, der diese Grundsätze systematisch bereits vor der Prüfung von Ansprüchen des Gläubigers behandelt. Im übrigen soll nicht verkannt werden, daß auch der Gedanke der Zumutbarkeit seine Grundlage in § 242 BGB hat, vgl. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 263 m.w.N. in Fn. 19; Esser, JZ 63, S. 493; dies vermag aber an den bestehenden Unterschieden nichts zu ändern.

118 Diese soweit ersichtlich auf Löwisch, AcP 174, S. 231 zurückgehende Bezeichnung wird hier im folgenden übernommen.

119 Dazu näher Lauschke, DB 66, S. 139 f. sowie unten § 2, III.

120 Vgl. Brendel, Lieferverpflichtungen, insbes. S. 71, S. 94 f. u. S. 106; Bulla, DB 63, S. 755 f.

121 Vgl. Esser, JZ 63, S. 491 u. S. 493; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9 u. S. 21; ders., DB 65, S. 502 u. S. 505; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 122 f.; im Ergebnis auch Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 263 f.

gegner eingreifen lassen wollen[122] u. solchen, die diese Situation im Rahmen von Zumutbarkeitserwägungen zumindest im Einzelfall berücksichtigen.[123] Davon sind der Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung u. die Anwendbarkeit der Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre aus den oben genannten Gründen zu trennen.[124]

Bei den arbeitsrechtlichen Ansätzen kann nur insoweit zwischen Meinungsgruppen differenziert werden, als innerhalb des Aufbaus der anspruchsbegründenden Normen des Schuldrechts der Vorrang des Arbeitskampfrechts einerseits bei der Rechtswidrigkeit, andererseits beim Vertretenmüssen des Schuldners berücksichtigt wird.[125]

---

122 Diese Auffassung wird im folgenden hier als "strenge Trennungstheorie" bezeichnet werden; zum Inhalt im einzelnen unten § 2, I. Der Terminus "Trennungstheorie" wird teilweise als Synonym für die individualrechtliche Arbeitskampftheorie - dazu bereits der Hinweis oben 2. Kap. (S. 20 u. Fn. 34) sowie näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, I., 1., a, - verwendet u. der Einheitstheorie gegenübergestellt, vgl. etwa Kraft, RdA 68, S. 434. Da heute in den Fällen der Kollision von arbeitskampf- u. arbeitsvertraglichen Wertungen jedenfalls im Ergebnis nur noch die Einheitstheorie vertreten wird, sind Mißverständnisse insoweit m.E. nicht zu befürchten. Zur Einheitstheorie noch im einzelnen unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, I,, 1., b, cc,.

123 Zur Bezeichnung dieses Ansatzes wird hier der Terminus "eingeschränkte Trennungstheorie" verwendet werden; dazu näher unten § 2, II. Dieser Begriff wird auch zur Bezeichnung einer Auffassung verwendet, die dogmatisch zwischen den beiden eben in Fn. 122 erwähnten Theorien zum Verhältnis von Arbeitskampf- u. Arbeitsvertragsrecht eingeordnet werden kann. Diese von Kraft, RdA 68, S. 292 ff. entwickelte Konstruktion zeichnet sich i.w. dadurch aus, daß der Anwendungsbereich der Einheitstheorie auf eine sehr eng begrenzte Gruppe von Arbeitskampfmaßnahmen reduziert wird; im übrigen wird die Rechtmäßigkeit individualrechtlicher Maßnahmen wie z.B. von Kündigungen u. Zurückbehaltungsrechten allein nach arbeitsvertraglichen Grundsätzen beurteilt, vgl. dazu die Zusammenfassung von Kraft wie oben, S. 295. Zur Bezeichnung dieses Ansatzes als "eingeschränkte Trennungstheorie" Konzen, ZfA 70, S. 173 ff., insbes. S. 175. Da sich Kraft's Auffassung nicht durchsetzen konnte, bestehen gegen die hier vorgesehene Terminologie m.E. ebenfalls keine Bedenken.

124 Daß der Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung zu den schuldrechtlichen Ansätzen zu zählen ist, wird daran deutlich, daß ausdrücklich an den Lieferungsvertrag angeknüpft wird, vgl. Lauschke, DB 66, S. 139, während andererseits etwa die systematisch dem Arbeitsrecht zuzurechnende Betriebsrisikolehre keine Berücksichtigung findet, vgl. ebenda, S. 138 f.

125 Die Einordnung beim Vertretenmüssen hat allerdings nur wenige Anhänger gefunden, vgl. Mayer-Maly, Referat, S. 9 f.; Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 10 ff.

Daher erscheint eine daran anknüpfende Gliederung im an dieser Stelle interessierenden Zusammenhang entbehrlich.

§ 2: Schuldrechtliche Ansätze

I. Strenge Trennungstheorie

Kennzeichen der strengen Trennungstheorie sind zum einen die Annahme, Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht würden als völlig selbständige Rechtsgebiete beziehungslos nebeneinander stehen[126] sowie die Ablehnung der Auffassung, die Haftung des Unternehmers könne aus verschiedenen Gesichtspunkten der Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung entfallen bzw. eingeschränkt werden.[127]

Begründet wird diese Sichtweise vor allem damit, daß die vertraglichen Pflichten eines Unternehmers gegenüber kampfunbeteiligten Dritten in den Fällen von Streik u. Aussperrung[128] weder aus den Gesichtspunkten der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit noch einer möglichen verfassungsrechtlichen Anerkennung dieser Arbeitskampfmittel berührt würden.[129] Die ausschließlich nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Legalität von Kampfmaßnahmen könne daher weder zur Rechtfertigung noch zur Entschuldbarkeit der Vertragsverletzung führen.[130,131] Da den Drittbetroffenen ein solcher Arbeitskampf nichts

---

126 So deutlich Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 106.

127 Unter dem Stichwort "Unzumutbarkeit" werden AG-Solidarität, Geschäftsgrundlagenlehre sowie wirtschaftliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung untersucht, vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 51 ff. Im Ergebnis lehnt auch Bulla, DB 63, S. 756 die Berücksichtigung des Zumutbarkeitsgedankens ab, ohne allerdings nach einzelnen Kriterien zu unterscheiden.

128 Von den Vertretern der strengen Trennungstheorie untersucht nur Brendel wie Fn. 126, S. 8 ff. sowohl Streik als auch Aussperrung.

129 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 12 ff. u. S. 71 (für den Streik) sowie S. 94 (für die Aussperrung); ebenso zusammenfassend S. 106.

130 So ausdrücklich Brendel wie Fn. 126, S. 71 (Streik) u. S. 94 (Aussperrung); ebenso für die Aussperrung auch Bulla, DB 63, S. 755 mit der Begründung, die Aussperrung sei nur "kausaler Leistungsstörungsanlaß", dessen Rechtsfolge sich nach Privatrecht bestimme; gegen Bulla's Ansicht Richardi, JuS 84, S. 828 f.

131 Sowohl Brendel wie Fn. 126, S. 74 als auch Bulla wie Fn. 130, S.

angehe, sei es auch verfehlt, die Haftung aufgrund von Zumutbarkeitserwägungen ggf. entfallen zu lassen u. dem Dritten insoweit einen Teil des Arbeitskampfrisikos aufzubürden.[132] Eine andere Beurteilung könne auch aus dem Gesichtspunkt des Inhalts der Lieferungsverträge nicht erfolgen.[133] Eine Haftungsbefreiung des Unternehmers soll gem. der strengen Trennungstheorie nur dann eintreten, wenn es am Vertretenmüssen des zur Leistungsstörung führenden Umstandes fehle[134,135], oder ein wirksamer Verzicht des potentiellen Anspruchstellers vorliege.[136] Im Rahmen der Untersuchung der zu vertretenen Umstände liegt der Schwerpunkt der Ausführungen bei der Prüfung eines Arbeitskampf- u. Vorsorgeverschuldens des Unternehmers sowie bei der möglichen Zurechnung eines AN-Verschuldens nach § 278 BGB.[137,138]

BRENDEL geht bei der Untersuchung des Streikverschuldens davon aus, daß den Unternehmer grundsätzlich die Verpflichtung treffe, einen Streik zu verhindern bzw. zu beenden, um gegenüber dem Dritten keine Vertragsverletzung zu begehen, dazu gehöre auch die Verpflichtung, den

---

755 gehen davon aus, daß die Vertragsverletzung im Regelfall als Schuldnerverzug zu qualifizieren sei.

132 So für die Aussperrung Bulla wie Fn. 130, S. 756.

133 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 9 ff., S. 71 u. S. 76 gegen Lauschke, DB 66, S. 139 ff.

134 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 75 (für den Streik). Bei Aussperrungen soll der Unternehmer die Vertragsverletzung regelmäßig zu vertreten haben, da insoweit Vorsatz vorliege, vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 94.

135 Im Ergebnis ebenso Horion, Sammlung des Arbeitsrechtes Bd. 2, S. 63, der allerdings neben fehlendem Verschulden des Unternehmers auch noch verlangt, daß es sich bei dem Streik um einen Fall höherer Gewalt handelt. Auf die Aussperrung geht Horion nicht ein.

136 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 50 f. u. S. 75 (Streik) sowie S. 94 u. S. 96 (Aussperrung).

137 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 33 ff., S. 42 ff. (Streik), S. 82 ff. (Aussperrung) sowie S. 98 ff. (mittelbare Kampfbetroffenheit).

138 Demgegenüber wird auf die mögliche Einstandspflicht des Unternehmers bei unbeschränkten Gattungsschulden sowie auf die Rechtslage bei Vorliegen von Garantieversprechen nur beiläufig eingegangen, vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 72 sowie S. 98 f. Die Anwendbarkeit von § 279 BGB bei Vorratsschulden wird überhaupt nicht erörtert.

Forderungen des sozialen Gegenspielers nachzugeben.[139] Ferner bejaht BRENDEL sehr weitgehende Vorsorgepflichten des Unternehmers, um die Vertragserfüllung sicherzustellen.[140] Hinsichtlich einer möglichen Zurechnung des Handelns der streikenden AN[141] über § 278 BGB wird eine differenzierte Lösung vertreten: Der Unternehmer soll dann für das Handeln seiner AN einzustehen haben, wenn diese bereits vor Ausbruch des Streiks Tätigkeiten zur Erfüllung des jeweiligen Vertrages erbracht hatten.[142] Eine Haftungsminderung sei beim Streik unter dem Gesichtspunkt mitwirkenden Gläubigerverschuldens grundsätzlich möglich.[143]

Die Vertreter der strengen Trennungstheorie gehen auch auf Fragen im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Arbeitskampfklauseln ein.[144] BRENDEL lehnt dabei eine Freizeichnung für vorsätzliches Handeln des Unternehmers unter Hinweis auf § 276 Abs. 2 BGB grundsätzlich ab.[145]

II. Eingeschränkte Trennungstheorie[146]

Im Mittelpunkt der Untersuchungen der Vertreter dieses Ansatzes steht der Einfluß verschiedener Zumutbarkeitskriterien auf die Haftung des Unternehmers. In Anlehnung an ESSER, der die sog. Lehre von der

---

139 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 34 ff.

140 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 37 ff.

141 Es handelt sich dabei nach richtiger Ansicht um eine Handlung in Form eines Unterlassens (Verweigerung der gem. § 611 Abs. 1 BGB geschuldeten Arbeitsleistung). A.A. zu Unrecht Hueck, FS für Herschel 1955, S. 40 (der offenbar Arbeitsniederlegungen nicht nur als bloßes Unterlassen qualifizieren will).

142 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 43 ff.

143 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 62 ff. Bei der Aussperrung soll dieser Gesichtspunkt aber nur von untergeordneter Bedeutung sein, vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 95 f.

144 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 47 ff.; nur Formulierungsbeispiele finden sich bei Bulla, DB 63, S. 756 f.

145 Vgl. Brendel wie Fn. 126, S. 48 u. S. 49 f. (Streik) sowie S. 89 f. u. S. 91 ff. (Aussperrung).

146 Zum Begriff sowie zu den Unterschieden zur strengen Trennungstheorie die Hinweise oben § 1.

Opfergrenze[147] für die Lösung dieser Problemstellung fruchtbar zu machen sucht[148], gehen auch andere Autoren davon aus, daß jedenfalls im Ergebnis die Haftung dann entfalle, wenn der Schuldner "überobligationsmäßige Aufwendungen" machen müßte, um die Vertragserfüllung sicherzustellen.[149,150]

---

147 Diese Lehre ist von Heck, Schuldrecht, S. 85 ff. begründet worden. Sie besagt i.w., daß der Schuldner nur dann von seiner Leistungspflicht befreit wird, wenn die zur Vertragserfüllung notwendigen Mittel erschöpft sind. Diese im BGB nicht ausdrücklich geregelte Opfergrenze soll aus §§ 242, 904 BGB abzuleiten sein. Im Zusammenhang mit § 242 BGB wird von einer Einrede der "nicht zumutbaren Leistung" bzw. von einer "überobligationsmäßigen Schwierigkeit" gesprochen. Die Berufung des Schuldners auf § 242 BGB führt daher zur Begründung eines Gegenrechts. Neben der gerade erwähnten allgemeinen soll noch eine spezielle Opfergrenze existieren, die durch Auslegung des Vertrages gem. § 157 BGB zu bestimmen sein soll, dazu etwa Ballerstedt, Anm. zu OLG Freiburg v. 26.10.50, JZ 51, S. 228.

148 Vgl. Esser, JZ 63, S. 490 f. Er geht davon aus, daß es an der Rechtswidrigkeit des ausbleibenden Leistungserfolges fehle, wenn die wirtschaftliche Opfergrenze sowie die persönliche Zumutbarkeit überschritten sei. Obwohl auch Esser von § 242 BGB als Grundlage ausgeht, zieht er daraus im Vergleich zu Heck wie Fn. 147 abweichende Konsequenzen im Hinblick auf die Berücksichtigung der Kriterien im Aufbau der anspruchsbegründenden schuldrechtlichen Normen.

149 Vgl. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9 f. u. S. 21; ders. DB 65, S. 502 u. S. 505; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart [illegible], S. 79; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 122 f.; vom Ausgangspunkt her auch Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 262 f.; im Zusammenhang mit einem möglichen Vorsorgeverschulden des Unternehmers auch Strempel, Leistungsstörungen, S. 90 f. u. S. 94. Grundsätzlich abl. Thomas, Vertragshaftung, S. 28, der allerdings bei der Diskussion der Vorsorgepflichten des Unterehmers dann doch auf den Zumutbarkeitsgedanken abstellt (ebenda, S. 51 ff.). Vgl. in diesem Zusammenhang auch Huber, JZ 74, S. 437, der die Opfergrenze im Heck'schen Sinne durch Art. 74 EKG bestimmen will; zu dieser Norm noch in anderem Zusammenhang unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, II.

150 Zu den Vertretern der eingeschränkten Trennungstheorie zählen m.E. im Ergebnis auch Pietras, Arbeitskampf, insbes. S. 66 ff. u. Richardi, JuS 84, insbes. S. 828 ff. Bei Richardi folgt dies daraus, daß dort eine Modifikation des schuldrechtlichen Haftungssystems durch arbeitskampfrechtliche Wertungen ausdrücklich abgelehnt wird. Das Arbeitskampfrecht soll vielmehr nur im Rahmen der vom Schuldner anzuwendenden verkehrsüblichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB) Berücksichtigung finden (vgl. Richardi wie oben, S. 829). Unerheblich ist daher, daß Richardi auch Zumutbarkeitserwägungen krit. gegenübersteht (so deutlich ebenda, S. 829), da dies keine zwingende Konsequenz der Ausgangsposition der eingeschränkten Trennungstheorie ist.

Wann dies konkret der Fall sein soll, wird jedoch nicht anhand allgemeingültiger Kriterien bzw. Fallgruppen beantwortet. Vielmehr soll diese Entscheidung immer am jeweiligen Einzelfall getroffen werden.[151] I.d.R. wird noch zwischen verschiedenen Arbeitskampfformen differenziert[152,153], ohne daß daraus immer einheitliche Konsequenzen gezogen werden.[154]

Auch Pietras will trotz grundsätzlicher Anerkennung der gesellschaftspolitischen Bedeutung des Arbeitskampfes im Grundsatz am Bestehen der schuldrechtlichen Haftung festhalten, so deutlich ebenda, S. 101 ff., wo eine Haftungsbefreiung arbeitskampfbetroffener Schuldner u.a. auch aufgrund arbeitskampfrechtlicher Erwägungen abgelehnt u. statt dessen einer "der Gefährdungshaftung angeglichenen Vertragshaftung der Arbeitskampfparteien, die auf die spezifische Gefährdung der Vertragsinteressen Dritter im Arbeitskampf abstellt" (ebenda, S. 108) das Wort geredet wird. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes wird nur für den Einzelfall erwogen.

151 So deutlich Esser wie Fn. 148, S. 491; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9; ders., DB 65, S. 502; wohl auch Richardi wie Fn. 150, S. 829 (als Konsequenz des Ansetzens beim Verschulden); Siebrecht wie Fn. 149, S. 122; abl. insoweit Müller wie Fn. 149, S. 81 u. S. 87.

152 Zwischen Streik u. Aussperrung unterscheiden Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 259 f. u. S. 261 f.; Esser wie Fn. 148, insbes. S. 493; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9 ff. u. S. 13 ff.; ders., DB 65, S. 502 f. u. S. 503 f.; Müller wie Fn. 149, S. 80 ff. u. S. 87 ff.; Siebrecht wie Fn. 149, S. 121 f. u. S. 123 f.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 40 f. u. S. 46, S. 63 u. S. 64 ff., S. 68 ff. u. S. 100 ff., S. 105 f. u. S. 106, S. 111 f. u. S. 112 ff. Müller, S. 87 ff. differenziert darüberhinaus bei der Aussperrung noch zwischen Abwehr-, Angriffs- u. Sympathieaussperrung; ebenso Siebrecht, S. 121 f. Demgegenüber lehnt Richardi wie Fn. 150, S. 830 eine Diff. zwischen rechtmäßigen Streiks u. rechtmäßigen Aussperrungen ab.

153 Darin ist ein weiterer Unterschied zur strengen Trennungstheorie zu sehen. Dort werden die Folgen von Streiks u. Aussperrungen im Ergebnis einheitlich behandelt, so deutlich Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 106 f., wo nur von "Arbeitskampf" die Rede ist.

154 Vgl. nur Esser wie Fn. 148, S. 493; Müller wie Fn. 149, S. 87 ff. verneint bei Abwehraussperrungen ein Verschulden des Unternehmers, während er bei Angriffs- u. Sympathieaussperrungen zum entgegengesetzten Ergebnis kommt; a.A. insoweit Siebrecht wie Fn. 149, S. 121.

Umstr. ist, an welcher Stelle im Aufbau der anspruchsbegründenden schuldrechtlichen Normen die Zumutbarkeitserwägungen systematisch einzuordnen sind. Überwiegend wird davon ausgegangen, daß sie sowohl bei der Rechtswidrigkeit als auch bei der Schuld zu berücksichtigen seien.[155] MÜLLER will sie dagegen generell nur der Schuld zugeordnet wissen.[156] Die in diesem Zusammenhang grundlegende Frage, wie die Rechtswidrigkit im Vertragsrecht zu beurteilen ist[157], wird ebenfalls nicht einheitlich beantwortet.[158]

Neben dem Gesichtspunkt des Überschreitens der Opfergrenze wird v.a. auch auf das mögliche Vorliegen einer Pflichtenkollision zwischen Verbandstreue gegenüber dem AG-Verband u. Vertragstreue gegenüber dem Partner des Lieferungsvertrages eingegangen.[159] Dabei wird unterschieden, ob dieser Umstand zur Rechtfertigung der Vertragsverletzung oder nur zum Wegfall der Schuld führen soll.[160] Da aber davon ausgegangen wird, daß es sich bei dieser Pflichtenkonstellation um eine vermeidbare Pflichtenkollision handelt, führt dieser Ansatz jedenfalls

---

155 Vgl. Esser wie Fn. 148, S. 490 ff.; Strempel wie Fn. 152, S. 66, S. 94 u. S. 102 f.; wohl auch Siebrecht wie Fn. 149, S. 122 f.; unklar Brox/RÜthers wie Fn. 149, S. 260 f. Demgegenüber lehnen Pietras wie Fn. 150, S. 108 u. Richardi wie Fn. 150, S. 829 eine Rechtfertigung von Vertragsstörungen durch Streiks u. Aussperrungen ausdrücklich ab.

156 Vgl. Müller wie Fn. 149, S. 79 ff. Ebenso setzt Richardi wie Fn. 150, S. 829 ff. bei der Schuld an, wenn er die vom Schuldner im Arbeitskampf zu beachtende verkehrserforderliche Sorgfalt in den Mittelpunkt seiner Überlegungen stellt.

157 Dies betrifft die Diskussion um die Lehren vom Erfolgs- bzw. Handlungsunrecht; dazu näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, II., 1., d,.

158 Überwiegend gehen die Vertreter der eingeschränkten Trennungstheorie von einem erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff aus, vgl. Brox/RÜthers wie Fn. 149, S. 261 f.; Müller wie Fn. 149, S. 75; Richardi wie Fn. 150, S. 829; Siebrecht wie Fn. 149, S. 121; Strempel wie Fn. 152, S. 53 ff., insbes. S. 62. Anders Esser wie Fn. 148, S. 490, der einen sog. aufwandsqualifizierten Erfolgsunrechtsbegriff vertritt. Widersprüchlich Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9; ders., DB 65, S. 502, der beim Streik Esser's Ansatz übernimmt, bei der Aussperrung (S. 13 bzw. S. 503) aber offenbar einen erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff zugrunde legt.

159 Vgl. Esser wie Fn. 148, S. 491 f. u. S. 493; Siebrecht wie Fn. 149, S. 121; Strempel wie Fn. 152, S. 66.

160 Vgl. Esser wie Fn. 148, S. 491; Strempel wie Fn. 152, S. 66 u. S. 102.

im Ergebnis nicht zu einer Ablehnung der Haftung des Unternehmers.[161]

In einigen Untersuchungen werden weitere mögliche Entlastungsgründe im Hinblick auf die Vertragsverletzung erörtert. Im einzelnen werden herangezogen: Die Sozialadäquanz der jeweiligen Arbeitskampfmaßnahmen[162], die Solidarität unter den Unternehmern[163] sowie eine rechtfertigende Einwilligung.[164] Im Ergebnis wird eine Entlastung des Unternehmers aus diesen Gründen jedoch nahezu einhellig abgelehnt.[165]

Die Vertreter der eingeschränkten Trennungstheorie gehen generell vom Grundsatz der Verschuldensabhängigkeit der schuldrechtlichen Haftung aus.[166] Daher bilden die Ausführungen zu einem möglichen Arbeitskampf-[167] u. Vorsorgeverschulden des Unternehmers sowie zur Frage einer möglichen Zurechnung des Handelns der streikenden AN gem. § 278 BGB einen weiteren Schwerpunkt der Diskussion. Die Ergebnisse hinsichtlich des Arbeitskampfverschuldens sind uneinheitlich. Überwiegend hängt die Beantwortung dieser Frage von den verschiedenen Arbeitskampfformen ab.[168] Zur Begründung für die weitgehende Ablehnung ei-

---

161 Vgl. Esser wie Fn. 148, S. 491; Strempel wie Fn. 152, S. 103. Krit. zu dieser Sichtweise Richardi wie Fn. 150, S. 829 f.

162 Vgl. Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 262; Esser wie Fn. 148, S. 489; Müller wie Fn. 149, S. 74 ff.; Siebrecht wie Fn. 149, S. 121 f.; Strempel wie Fn. 152, S. 64.

163 Vgl. Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 262; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 16; ders., DB 65, S. 504; Müller wie Fn. 149, S. 89 f.; Strempel wie Fn. 152, S. 65 f.

164 Vgl. Strempel wie Fn. 152, S. 66.

165 Anders nur Hohn, Unternehmerhaftung, S. 13 f.; ders., DB 65, S. 503, der die Sozialadäquanz bei deliktischen Ansprüchen als Rechtfertigungsgrund anerkennen will.

166 Vgl. statt vieler Müller wie Fn. 149, S. 73 f.

167 Im Gegensatz zu den Beiträgen der älteren Lehre (oben 2. Kap., S. 22 ff.) wird hier auch ein mögliches Verschulden bei Aussperrungen behandelt, vgl. etwa Hohn, Unternehmerhaftung, S. 13; ders., DB 65, S. 503; Müller wie Fn. 149, S. 87 ff.; Siebrecht wie Fn. 149, S. 121; Strempel wie Fn. 152, S. 100 ff.

168 Ohne hier auf die einzelnen Auffassungen eingehen zu müssen, kann festgestellt werden, daß bei Aussperrungen überwiegend von vorsätzlichem Handeln des Unternehmers ausgegangen wird, vgl. etwa Strempel wie Fn. 152, S. 100. Demgegenüber wird bei Streiks nur ausnahmsweise ein Verschulden angenommen, vgl. z.B. Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 48. Abw. Huber, JZ 74, S. 437, der § 278 BGB bei Streiks für unanwendbar hält.

ner Pflicht, den Forderungen des sozialen Gegenspielers nachzugeben, werden primär arbeitsrechtliche Gesichtspunkte angeführt.[169] Das Bestehen von Vorsorgepflichten des Unternehmers[170] als Anknüpfungspunkt für ein mögliches Vorsorgeverschulden wird uneinheitlich beantwortet.[171] Überwiegend Einigkeit besteht unter den verschiedenen Autoren dagegen darin, daß sich der Unternehmer das Handeln seiner streikenden AN nicht gem. § 278 BGB zurechnen lassen müsse[172], da es an der Erfüllungsgehilfeneigenschaft der AN fehle.[173]

Die überwiegende Zahl der Vertreter der eingeschränkten Trennungstheorie nimmt zu den sich bei Vorliegen von Gattungsschulden ergeben-

---

169 Kampfparität, vgl. Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 260; Unvereinbarkeit mit der Tarifautonomie, vgl. Strempel wie Fn. 152, S. 87 f.; Widerspruch mit der Pflicht des AG, als Sozialpartner die Sozialordnung zu gestalten, vgl. Thomas wie Fn. 149, S. 48. Im Ergebnis auch Richardi wie Fn. 150, S. 830 (im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt keinen Verzicht auf Ausübung von Kampfrechten).

170 Zu den möglichen Vorsorgepflichten des Unternehmers Thomas wie Fn. 149, S. 52 ff.

171 Abl. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 11 ff.; ders., DB 65, S. 502 f.; Müller wie Fn. 149, S. 84; grundsätzlich abl. aus dogmatischen Gründen wohl auch Richardi wie Fn. 150, S. 827 f. Nach einzelnen Pflichten diff. Thomas wie Fn. 149, S. 52 ff. Unter Berücksichtigung der Unzumutbarkeit bejahend Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 260; Strempel wie Fn. 152, S. 92 ff.; eingeschränkt wohl auch Siebrecht wie Fn. 149, S. 124.

172 Vgl. Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 261; Esser wie Fn. 148, S. 492; Huber wie Fn. 168, S. 437; Müller wie Fn. 149, S. 86 f.; Pietras wie Fn. 150, S. 117 f. (Ausnahme: streikende AN haben bereits Teilleistungen erbracht u. benutzen nunmehr Arbeitsniederlegungen als zusätzliches Druckmittel); Siebrecht wie Fn. 149, S. 86 f.; Strempel wie Fn. 152, S. 96 ff.; Thomas wie Fn. 149, S. 58 f.; a.A. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 20 f.; ders., DB 65, S. 504 f.; Richardi wie Fn. 150, S. 832 f. (Ablehnung der Zurechnung über § 278 BGB nur dann, wenn AN bereits streiken u. daher nicht als Erfüllungsgehilfen herangezogen werden können).

173 So etwa Strempel wie Fn. 152, S. 97; Thomas wie Fn. 149, S. 58 f.; anders lediglich Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 261, die offenbar das Tätigwerden der AN zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ablehnen. Diff. Müller wie Fn. 149, S. 86.

den Problemen Stellung.[174] Dabei wird vor allem auf die Frage der Anwendbarkeit von § 279 BGB bei Vorratsschulden eingegangen.[175]

Nur vereinzelt Beachtung gefunden haben demgegenüber die Sonderfälle der verschärften Haftung des Unternehmers[176], allgemeine Kausalitätsprobleme beim Zusammentreffen von Streik u. Aussperrung[177], die Anwendbarkeit von § 254 BGB[178], die Frage des Umfangs von Schadensersatzansprüchen[179] sowie das bei Abnahmestörungen bestehende Problem des Eintritts der Rechtsfolgen des Annahmeverzugs.[180]

Auf die im Zusammenhang mit der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln stehenden Fragen wird demgegenüber wieder von fast allen Autoren eingegangen.[181] Bisweilen wird dieser Weg als einzige Möglichkeit zur Haftungsbegrenzung angesehen.[182]

---

174 Beiläufig Esser wie Fn. 148, S. 491; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 11 f.; ders., DB 65, S. 502 f.; Siebrecht wie Fn. 149, S. 124; Strempel wie Fn. 152, S. 98 f.; ausf. Pietras wie Fn. 150, S. 119 ff.; Thomas wie Fn. 149, S. 32 ff.

175 Die Anwendbarkeit von § 279 BGB wird insoweit überwiegend verneint, vgl. Esser wie Fn. 148, S. 491; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 11 f.; ders., DB 65, S. 502 f.; Müller wie Fn. 149, S. 78 f.; Siebrecht wie Fn. 149, S. 124; wohl auch Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 259; Strempel wie Fn. 152, S. 98 f.; Thomas wie Fn. 149, S. 38.

176 Vgl. Thomas wie Fn. 149, S. 64 ff. zur Haftung der Eisenbahn beim Bahnfrachtvertrag (§§ 454-456 HGB).

177 Vgl. Strempel wie Fn. 152, S. 35 ff. sowie beiläufig Müller wie Fn. 149, S. 87.

178 Vgl. Strempel wie Fn. 152, S. 108 ff.; am Rande auch Hohn, Unternehmerhaftung, S. 23; ders., DB 65, S. 505.

179 Vgl. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 23; ders., DB 65, S. 505; Müller wie Fn. 149, S. 90.

180 Vgl. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 6; ders., DB 65, S. 501; Thomas wie Fn. 149, S. 31.

181 Vgl. Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 265 ff.; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 24 ff.; ders., DB 65, S. 506; Müller wie Fn. 149, S. 90 ff.; Pietras wie Fn. 150, S. 169 ff., insbes. S. 172 ff.; Strempel wie Fn. 152, S. 111 ff.; Thomas wie Fn. 149, S. 68 ff.; beiläufig auch Esser wie Fn. 148, S. 491, insbes. Fn. 10; Siebrecht wie Fn. 149, S. 120 u. S. 123.

182 So ausdrücklich Hohn, Unternehmerhaftung, S. 21; ders., DB 65, S. 505.

Im Mittelpunkt der Untersuchungen steht dabei die Vereinbarkeit solcher Klauseln mit § 276 Abs. 2 BGB. Im Ergebnis wird die Anwendbarkeit dieser Vorschrift z.T. auch in Fällen vorsätzlichen Handelns des Unternehmers abgelehnt.[183] SIEBRECHT hält neben der Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln eine Haftungsbefreiung auch aufgrund von bestehenden Handelsbräuchen (§ 346 HGB) für möglich.[184]

III. Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung[185]

Diese Sichtweise wird soweit ersichtlich nur von LAUSCHKE vertreten.[186] Ausgangspunkt sind Inhalt u. Ausgestaltung der Lieferungsverträge; daraus soll sich die Lösung der bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen bestehenden Haftungsfragen ergeben.

Bei den Lieferungsverträgen soll es sich um Kaufverträge handeln, die regelmäßig in der Form des Sukzessivlieferungsvertrages in Erscheinung träten.[187] Sukzessivlieferungsverträge wiesen gegenüber singulären Kaufverträgen zwei Besonderheiten auf[188], die allein damit begründet werden könnten, daß beim Sukzessivlieferungsvertrag "dem Verkauf eben erkennbar der Herstellungsvorgang vorangeht".[189] Dies ent-

---

183 So etwa Brox/Rüthers wie Fn. 149, S. 266 (bei rechtmäßigen Aussperrungen); auch Müller wie Fn. 149, insbes. S. 92; Strempel wie Fn. 152, S. 114 ff. A.A. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 25 ff.; ders., DB 65, S. 506; Pietras wie Fn. 150, S. 175 ff. (für aussperrungsbedingte Vertragsstörungen); grundsätzlich auch Siebrecht wie Fn. 149, S. 123; ebenso für den vorsätzlich herbeigeführten Streik auch Thomas wie Fn. 149, S. 68 f.

184 Vgl. Siebrecht wie Fn. 149, S. 120; dazu Esser wie Fn. 148, S. 491 Fn. 10.

185 Zur Herkunft dieser Bezeichnung bereits oben Fn. 118.

186 Vgl. Lauschke, DB 66, insbes. S. 139 f.

187 Zur Beschränkung dieses Ansatzes auf Sukzessivlieferungsverträge noch im einzelnen unten 4. Teil, 2. Kap., § 1.

188 Lauschke wie Fn. 186, S. 139 nennt in diesem Zusammenhang das Recht zur Kündigung anstelle des Rücktritts sowie das Vorliegen einer Vorratsschuld.

189 Lauschke wie Fn. 186, S. 139.

spreche der gegenseitigen Interessenlage von Verkäufer u. Käufer. Daher müßten die Auswirkungen, die sich aus der Einbeziehung des Herstellungsvorgangs in die Parteivereinbarung ergeben, im Hinblick auf die Haftung des Unternehmers gegenüber seinen Vertragspartnern geprüft werden.[190]

LAUSCHKE differenziert zwischen verschiedenen Arbeitskampfformen.[191] Bei rechtmäßigen Streiks soll keine Lieferpflicht des Verkäufers mehr bestehen, da diese ihre Grenze an der Verpflichtung der AN zur Erbringung der Arbeitsleistung finde. Diese Pflicht aus dem Arbeitsvertrag entfalle aber, wenn eine Gewerkschaft zu einem rechtmäßigen Streik aufrufen würde.[192] § 278 BGB soll in solchen Fällen nicht anwendbar sein.[193]

Bei rechtswidrigen u. wilden Streiks komme es dagegen darauf an, ob der Unternehmer das ihm zur Abwendung der Produktionsstörung Zumutbare getan habe; erst dann entfalle seine Verpflichtung zum Schadensersatz.[194] Die Zumutbarkeit soll sich dabei allein nach dem Inhalt des schuldrechtlichen Kaufvertrages bestimmen, die Berücksichtigung von arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten wird abgelehnt.[195]

Bei Aussperrungen wird eine Haftung dann bejaht, wenn der Unternehmer bei dieser Entscheidung die Interessen seiner Vertragspartner nicht hinreichend berücksichtigt habe. Darüberhinaus wird bei rechtswidri-

---

190 Vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 139.

191 Vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 140 ff.

192 Lauschke wie Fn. 186, S. 141 weist darauf hin, daß die Lieferpflicht des Verkäufers bereits tatbestandsmäßig entfallen soll; dazu auch der entsprechende Hinweis bei Strempel, Leistungsstörungen, S. 40. Zur Bedeutung dieser Sichtweise noch näher unten 4. Teil, 2. Kap., § 1.

193 Vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 141.

194 Vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 142 f.

195 Zumindest bei wilden Streiks lehnt Lauschke wie Fn. 186, S. 143 die Anwendbarkeit von § 278 BGB ausdrücklich ab.

gen - u. Sympathieaussperrungen[196] die Heranziehung von Zumutbarkeitskriterien zugunsten des Unternehmers (Anspruchsgegners) generell abgelehnt.[197,198]

Hinsichtlich der Vereinbarung von Arbeitskampfklauseln vertritt LAUSCHKE die Auffassung, daß solche Klauseln in den Fällen rechtmäßiger Streiks überflüssig seien[199], während sie bei Aussperrungen an § 276 Abs. 2 BGB scheiterten.[200]

IV. Berücksichtigung der Arbeitskampfsituation über die Geschäftsgrundlagenlehre

Das Gros der Vertreter beider Spielarten der Trennungstheorie sowie einige Repräsentanten der Vorrangtheorie setzen sich mit der Frage auseinander, ob zugunsten des in Anspruch genommenen Unternehmers die Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre zur Anwendung kommen können.[201]

---

196 Sympathieaussperrungen sollen unabh. von ihrer Zulässigkeit offenbar niemals zu einer Befreiung des Unternehmers von bestehenden Pflichten führen, vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 142.

197 Andererseits sollen aber Verzichtserklärungen auf der Grundlage der AG-Solidarität ohne weiteres Berücksichtigung finden, vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 142.

198 Im Zusammenhang mit einer möglichen Schadensersatzpflicht des Unternehmers spricht sich Lauschke wie Fn. 186, S. 143 für die Heranziehung von § 254 BGB aus. Außerdem will er das Konzept des sog. quotalen Schadensausgleichs anwenden; zu diesem Ansatz näher Isele, NJW 64, S. 1444 ff., insbes. S. 1445 f.

199 Vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 141. Ob dies auch bei rechtswidrigen u. wilden Streiks gelten soll, läßt Lauschke offen.

200 Vgl. Lauschke wie Fn. 186, S. 141 f.

201 Vgl. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 55 ff.; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 262 ff.; Dohnau, Lieferverträge, S. 65 ff.; Esser, JZ 63, S. 493; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 18; ders., DB 65, S. 505; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 955 (im Zusammenhang mit § 279 BGB); Löwisch, AcP 174, S. 250 (wie Hueck/Nipperdey); Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 77 f.; Pietras, Arbeitskampf, S. 126 ff.; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 124 f.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 103 ff.; Thomas, Vertragshaftung, S. 13 ff.

Einige Autoren differenzieren insoweit zwischen Streiks u. Aussperrungen.[202] Bei Streiks wird zwar z.T. anerkannt, daß Schuldner u. Gläubiger das Bestehen des Arbeitsfriedens zu einem wesentlichen Vertragsbestandteil gemacht hätten[203], gleichwohl wird die Anwendbarkeit der Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre aber nahezu einhellig abgelehnt, da streikbedingte Störungen des Produktionsprozesses zu den Risiken des Unternehmers gehörten.[204]

Auch bei Aussperrungen besteht darüber Einigkeit, daß hier die Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre nicht zum Zuge kommen sollen. Im wesentlichen wird dies damit begründet, daß der Unternehmer hier die Veränderung der Geschäftsgrundlage selbst herbeigeführt habe.[205]

---

202 Vgl. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 18; Strempel wie Fn. 201, S. 105 f.; Brendel wie Fn. 201, S. 18 u. Dohnau wie Fn. 201, S. 65 ff. beschränken sich auf die Untersuchung von Streiks.

203 So deutlich Siebrecht wie Fn. 201, S. 125; für die meisten Fälle zust. Dohnau wie Fn. 201, S. 67; Esser wie Fn. 201, S. 493; Thomas wie Fn. 201, S. 18 f.; auch Brendel wie Fn. 201, S. 56 f.; es sei denn, der Unternehmer hat das Arbeitskampfrisiko vertraglich übernommen. A.A. Müller wie Fn. 201, S. 77; Strempel wie Fn. 201, S. 105 f.

204 Vgl. Müller wie Fn. 201, S. 19 f.; abl. auch Brendel wie Fn. 201, S. 59; Siebrecht wie Fn. 201, S. 125; Strempel wie Fn. 201, S. 105 f.; im Ergebnis auch Hohn, Unternehmerhaftung, S. 18; ders., DB 65, S. 505, der aber auf den jeweiligen Einzelfall abstellen will. Offen gelassen von Dohnau wie Fn. 201, S. 68 f. A.A. Pietras wie Fn. 201, insbes. S. 145 ff. (Anwendung der Geschäftsgrundlagenlehre bei Dauerschuldverhältnissen dann, wenn Schuldner u. Gläubiger das Bestehen des Arbeitsfriedens zugrundegelegt haben u. diese Erwartung nicht eintritt).

205 Vgl. Brox/Rüthers wie Fn. 201, S. 264; Müller wie Fn. 201, S. 78; Strempel wie Fn. 201, S. 106; im Ergebnis auch Hohn, Unternehmerhaftung, S. 18.

§ 3: Arbeitsrechtliche Ansätze

Zum Verständnis der Vorrangtheorie[206] muß nochmals deutlich auf die mögliche Kollision hingewiesen werden, die zwischen der Pflicht eines Unternehmers, sich in seiner Eigenschaft als AG zum Zwecke der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen an rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen zu beteiligen u. der gleichzeitig bestehenden Pflicht, mit kampfunbeteiligten Dritten abgeschlossene schuldrechtliche Verträge zu erfüllen, bestehen kann. Die arbeitsrechtlichen Ansätze lösen diesen Konflikt dadurch, daß in solchen Fällen den Wertungen des Arbeitskampfrechts jedenfalls grundsätzlich der Vorrang vor denjenigen des Schuldrechts eingeräumt wird.[207] Rechtstechnisch kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß Verletzungen schuldrechtlicher Verträge in den Fällen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen[208] als aus schuldrechtlicher Sicht nicht rechtswidrig[209,210] bzw. nicht schuldhaft herbeigeführt angesehen werden.[211]

---

206 Zur Begründung für die Wahl dieser Bezeichnung bereits oben § 1 (S. 31 u. Fn. 111).

207 Vgl. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 175; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 956; Löwisch, AcP 174, S. 229 u. S. 233; ders., BB 74, S. 1495; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter C. III. 3; Schmid, NJW 79, S. 17 u. S. 20; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 230.

208 Zwischen rechtmäßigen Streiks u. rechtmäßigen Aussperrungen wird dabei nicht unterschieden, vgl. Dohnau, Lieferverträge, insbes. S. 84; Löwisch, DB 62, S. 762; ders., AcP 174, S. 235; ders., BB 74, S. 1496; Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 17; Schmid wie Fn. 207, S. 20; Schlüter wie Fn. 207, S. 230 f.

209 So etwa Bobrowski/Gaul wie Fn. 207, S. 176; Dohnau wie Fn. 208, S. 35 ff.; Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 956; Schlüter wie Fn. 207, S. 231.

210 Umstr. ist in diesem Zusammenhang, ob bereits tatbestandsmäßig keine Vertragsverletzung vorliegt - so wohl Löwisch, AcP 174, S. 233; Schlüter wie Fn. 207, S. 231; Schmid wie Fn. 207, S. 17 - oder ob der rechtmäßige Arbeitskampf als (besonderer) Rechtfertigungsgrund anzusehen ist, vgl. dazu Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 956. Im Zusammenhang mit unerlaubten Handlungen vertritt Nipperdey demgegenüber allerdings die Auffassung, daß es bei sozialadäquaten Arbeitskämpfen bereits an der Rechtswidrigkeit fehle, vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 1000 ff.

211 So Mayer-Maly, Referat, S. 9 f.; Mühlen wie Fn. 208, S. 10 ff.

Da die Begründungsmuster für einen Vorrang des Arbeitskampfrechts vorwiegend arbeitsrechtlicher Natur sind[212], ist damit gleichzeitig eine Ablehnung der Trennungstheorie in ihren beiden vertretenen Spielarten verbunden.[213]

Im Hinblick auf den Geltungsbereich der Vorrangtheorie besteht unter den verschiedenen Autoren insoweit Einigkeit, als bei Leistungsstörungen, die ihre Ursache in rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen haben, eine Haftung des Unternehmers generell abgelehnt wird.[214,215] Umgekehrt soll bei Bestehen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Einstandspflicht[216] die Haftung unberührt bleiben.[217]

---

212 Einzelne Argumente verschiedener Autoren haben ihren Ursprung allerdings außerhalb des Arbeitskampfrechts, wie gleich zu zeigen sein wird.

213 So deutlich Löwisch, AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495 (strenge Trennungstheorie) u. AcP 174, S. 235; ders., BB 74, S. 1495 (eingeschränkte Trennungstheorie); auch Schlüter wie Fn. 207, S. 230 f.

214 Vgl. Bobrowski/Gaul wie Fn. 207, S. 175; Dohnau wie Fn. 208, S. 37 u. S. 79 f. Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 956; Löwisch, DB 62, S. 762; ders.; AcP 174, S. 233 u. S. 237 f.; ders., BB 74, S. 1495; Mühlen wie Fn. 208, S. 14; Schlüter wie Fn. 207, S. 230 f. In solchen Fällen bestehen somit jedenfalls keine Erfüllungsansprüche zugunsten des Gläubigers; zu möglichen Schadensersatzansprüchen die Hinweise unten vor Fn. 220.

215 Während diese Grundsätze auch beim Bestehen von Abnahmepflichten (z.B. §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1 BGB) gelten sollen, ist str., ob bei rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB) eintreten. Abl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 957; Mayer-Maly, Referat, S. 10. A.A. Bobrowski/Gaul wie Fn. 207, S. 176; Dohnau wie Fn. 208, S. 58 ff.; Löwisch, AcP 174, S. 253 f.; ders., BB 74, S. 1496; Schlüter wie Fn. 207, S. 236; Dohnau u. Gaul weisen in diesem Zusammenhang aber auf § 299 BGB hin.

216 Gemeint sind damit die Fälle unbeschränkter Gattungsschulden, Geldschulden u. Garantieversprechen.

217 Vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 955; Löwisch, AcP 174, S. 237; ders., BB 74, S. 1495; Schlüter wie Fn. 207, S. 228; für die unbeschränkte Gattungsschuld auch Dohnau wie Fn. 208, S. 62 ff.

Umstr. ist demgegenüber, ob auch in den Fällen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen, insbes. bei rechtswidrigen Streiks, mit Hilfe der Vorrangtheorie eine Ablehnung der Haftung begründet werden kann.[218,219] Ferner finden sich unterschiedliche Beurteilungen zur Frage, ob trotz Vorliegen einer nach den Wertungen des Arbeitskampfrechts rechtmäßigen Kampfmaßnahme u.U. aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten eine Haftung des Unternehmers in Betracht kommen kann.[220] Die mögliche Anknüpfung an gegenüber dem Arbeitskampf andere ursächliche Umstände der Vertragsverletzung hängt v.a. davon ab, wie man die Rechtswidrigkeit im Vertragsrecht beurteilt.[221] Erst nach dieser Grundsatzentscheidung gewinnt auch die Prüfung eines möglichen Verschuldens des Anspruchgegners Bedeutung.[222] Unterschiedlich wird ferner das Problem gelöst, inwieweit trotz § 276 Abs. 2 BGB auch bei vorsätzlichem Handeln der potentiellen Anspruchsgegner eine Vereinbarung von Freizeichnungsklauseln zulässig ist.[223]

---

218 Überwiegend wird hier eine schuldrechtliche Haftung des AG/Unternehmers bejaht, vgl. Dohnau wie Fn. 208, S. 54 u. S. 79; Löwisch, AcP 174, S. 238; ders., BB 74, S. 1496; Schlüter wie Fn. 207, S. 175.

219 In diesem Zusammenhang ist auch die Anwendbarkeit von § 278 BGB str. Abl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 233; grundsätzlich auch Bobrowski/Gaul wie Fn. 207, S. 176 wobei Gaul aber die Grundsätze der DSL anwenden will. A.A. Dohnau wie Fn. 208, S. 54 f.; Löwisch, DB 62, S. 763.

220 Es handelt sich dabei um Fälle schuldhafter Verletzungen von Handlungspflichten durch den Unternehmer, die trotz Rechtmäßigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme Rücktrittsrechte u. Schadensersatzansprüche auslösen sollen, vgl. dazu die Hinweise bei Löwisch, AcP 174, S. 241 u. Schlüter wie Fn. 207, S. 233.

221 Somit ist auch hier wiederum entscheidend, ob man der Lehre vom handlungs- oder vom erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff folgen will.

222 Einige Vertreter der Vorrangtheorie gehen hier auf dem Boden der Lehre vom Handlungsunrecht auf ein mögliches Arbeitskampf-, Vorsorge-, Übernahme- u. Abwendungsverschulden ein, vgl. Löwisch, AcP 174, S. 235 ff. u. S. 241 ff.; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter C. III. 3.; Schlüter wie Fn. 207, S. 233 ff.

223 Befürwortend Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 956; Löwisch, AcP 174, S. 236 f.; ders., BB 74, S. 1497 (für Aussperrungen); abl. Schlüter wie Fn. 207, S. 237 f. (unter Hinweis auf §§ 11 Nr. 7, 9 AGBG). Offen gelassen von Mühlen wie Fn. 208, S. 18 f. Unklar Bobrowski/Gaul wie Fn. 207, S. 177.

Schließlich finden sich unterschiedliche Begründungen für den teilweisen Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen. Da es sich insoweit um eine im hier interessierenden Zusammenhang zentrale Frage handelt[224], soll darauf bereits an dieser Stelle hingewiesen werden.

NIPPERDEY sieht die verfassungsrechtlich gewährleistete Möglichkeit der AG, zum Zweck des Abschlusses von TV Arbeitskämpfe zu führen, als den wohl entscheidenden Aspekt an. Dieses Recht würde zu starken Beschränkungen unterliegen, wenn man die AG in ihrer Eigenschaft als Unternehmer schuldrechtlichen Ansprüchen kampfunbeteiligter Dritter aufgrund bestehender Lieferverträge aussetzen würde.[225]

LÖWISCH stützt sich in seinen neueren Beiträgen[226] i.w. auf zwei Argumente. Zum einen ergebe sich aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, daß Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht im Falle der Kollision in Einklang gebracht werden müßten.[227] Würde man den Vorrang des Arbeitskampfrechts ablehnen, so wäre der AG/Unternehmer zudem ggf. gezwungen, den Forderungen des sozialen Gegenspielers ohne weiteres nachzugeben, um die bestehenden schuldrechtlichen Verträge erfüllen zu können. Dies könne ihm aber nicht angesonnen werden, da der Staat gerade auch ihm die Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen überlassen habe.[228]

---

224 Dazu ausf. unten 3. Teil.

225 Vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 207, S. 955 u. S. 956; im Ergebnis ähnl. wohl auch Dohnau wie Fn. 208, S. 35 (unter Hinweis auf die mögliche Beeinflussung der Kampfparität). Hinter Nipperdey's Argumentation verbergen sich somit zwei Aspekte: die verfassungsrechtliche Gewährleistung von Arbeitskampfmaßnahmen sowie die Beeinflussung der Tarifautonomie aufgrund der Notwendigkeit, den Forderungen des sozialen Gegenspielers im Interesse schuldvertraglicher Verpflichtungen nachzugeben.

226 Anders noch ders., DB 62, S. 762; dort wird der Vorrang des Arbeitskampfrechts mit der Sozialadäquanzlehre begründet.

227 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495.

228 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 234 f.; ders., BB 74, S. 1495.

GAUL leitet aus dem Hinweis, die Verletzung von Lieferverträgen sei eine unabwendbare Folge von Arbeitskampfauswirkungen ab, daß die Frage der Rechtmäßigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Vertragsverletzung Berücksichtigung finden müsse.[229] Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, insbes. des Privatrechts, erfordere die Übertragung der Sozialadäquanzlehre auf alle schuldrechtlichen Verträge. Damit sei aber auch die Anerkennung der Lehre vom Handlungsunrecht untrennbar verbunden. Daher müsse man bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Vertragsverletzung auf die Sozialadäquanz derjenigen Handlung, die das Ausbleiben des geschuldeten Erfolges verhindert habe, abstellen.[230]

SCHMID versucht den Vorrang des Arbeitskampfrechts durch Heranziehung verschiedener Kriterien, die die außerbetriebliche Verteilung des Arbeitskampfrisikos regeln, zu begründen.[231] Der Gesichtspunkt der Kampfparität wird dabei abgelehnt, da dieses Risikoverteilungskriterium nur im Verhältnis zwischen den Arbeitskampfparteien sowie drittbetroffenen Sozialpartnern, nicht dagegen gegenüber sonstigen Dritten gelte.[232] Ebenso wird der Aspekt der AG-Solidarität jedenfalls dann verworfen, wenn es sich bei den Partnern der schuldrechtlichen Verträge nicht um derartige Personen handelt. Der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitskampfes reiche nämlich nicht soweit, um auch eine Verminderung des Arbeitskampfrisikos zu Lasten der Allgemeinheit zu begründen. Demgegenüber könne die Bindung von Arbeitskampfmaßnahmen an das Gemeinwohl[233] den Vorrang des Arbeitskampfrechts tragen, da sich aus der Gemeinwohlbindung ergebe, daß die Allgemeinheit Schäden, die

---

229 Vgl. Bobrowski/Gaul wie Fn. 207, S. 174.

230 Vgl. Bobrowski/Gaul wie Fn. 207, S. 175; i.w. ebenso Dohnau wie Fn. 208, S. 35 f.

231 Vgl. Schmid wie Fn. 207, S. 17.

232 Der Untersuchung liegt die Frage zugrunde, ob Zeitungsabonnenten, also dritte Personen, die keine Unternehmer bzw. AG sind, im Falle eines Zeitungsstreiks einen Gebührenerstattungsanspruch gegen die bestreikte Zeitung geltend machen können.

233 Zum Gemeinwohlbegriff ausf. unten, 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, cc, aaa,.

ihre Ursache in gemeinwohlverträglichen Kampfmaßnahmen haben, mittragen müsse.[234]

LIEB weist zur Begründung für den teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts auf die Kampfparität zwischen den sozialen Gegenspielern hin. Die bestreikten bzw. aussperrenden Betriebe wären nicht mehr in der Lage, einen Arbeitskampf gegenüber dem sozialen Gegenspieler durchzustehen, wenn sie auch noch privatrechtlichen Ansprüchen kampfunbeteiligter Dritter ausgesetzt wären. Die Notwendigkeit der Erhaltung der Kampfparität führe dazu, daß letztlich die Endverbraucher die Fernwirkungen von Arbeitskämpfen zu tragen hätten; die Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen würden "auf diese Weise verteilt auf viele Schultern".[235]

SCHLÜTER weist darauf hin, daß den AG/Unternehmern durch die grundgesetzlich gewährleistete Tarifautonomie die zur Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen erforderlichen Aufgaben überlassen worden seien. Würde die Erledigung dieser Aufgaben durch Wertungen des Schuldrechts behindert werden, so wäre das Funktionieren der Tarifautonomie in Frage gestellt. Diese Konsequenz könne nur verhindert werden, wenn man dem Arbeitskampfrecht den Vorrang vor dem Schuldrecht einräumen würde.[236]

MAYER-MALY versucht den teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts damit zu begründen, daß er den Arbeitskampf als einen Einbruch in das Rechtsleben zur Vermeidung von Zwangsschlichtungen ansieht.[237,238]

---

234 So ausdrücklich Schmid wie Fn. 207, S. 17.

235 Vgl. Lieb, Arbeitsrecht, S. 153 f.

236 Vgl. Schlüter wie Fn. 207, S. 230.

237 Vgl. Mayer-Maly, Referat, S. 7 f.; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S. 37. Da Mayer-Maly die Lösung der Haftungsfragen vom Arbeitskampfrecht her zu gewinnen versucht, ist die Zuordnung dieser Auffassung zu den arbeitsrechtlichen Ansätzen systematisch zutr.; wie hier Löwisch, AcP 174, S. 230.

238 Der Ansatz vom Arbeitskampf als "Eingriff von hoher Hand" darf nicht mit dem von Mayer-Maly mitbegründeten Risikoverteilungsmodell zur Regelung des Problems der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung bei mittelbarer Kampfbetroffenheit gleichgesetzt werden; zu diesem Modell im einzelnen Mayer-Maly/Nipperdey wie Fn. 237, insbes. S. 30 ff.

Wegen der Verwandtschaft zur Enteignung sei auch der Arbeitskampf als "Eingriff von hoher Hand" anzusehen, weil er letzten Endes auf den Staat zurückzuführen sei.[239] Da man wegen der gesamtwirtschaftlichen Perspektive des Arbeitskampfes nicht auf ein Verschulden des einzelnen abstellen könne[240], würden die Rechtsfolgen der vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit eintreten (§§ 275, 323 BGB).[241]

4. Kapitel: Ergebnisse und Folgerungen

Die Darstellung des derzeitigen Meinungsstandes hat gezeigt, daß sowohl der für die Lösung der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Eingriffen in die Rechtspositionen kampfunbeteiligter Dritter grundlegende Aspekt der Beurteilung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuld- bzw. Handelsrecht als auch eine ganze Reihe von Einzelfragen str. sind.

Die Meinungsunterschiede hinsichtlich der Beurteilung der Beziehung zwischen den in Frage stehenden Teilrechtsgebieten bestehen allerdings nur bei den der neueren Lehre zuzuordnenden Beiträgen.[242] Die Vertreter der älteren Lehre[243] erkennen dagegen die Tragweite dieses Problems allenfalls in Ansätzen;[244] daher ist es nur konsequent, wenn dort die Lösung der Haftungsfragen nahezu einhellig ausschließlich aus den Wertungen von Schuld- u. Handelsrecht abgeleitet wird.[245] Wenn auch vielleicht auf den ersten Blick der Gedanke be-

---

239 So ausdrücklich Mayer-Maly wie Fn. 237; im Ergebnis abw. Mühlen wie Fn. 208, S. 13 f., der auf die hinter dem Arbeitskampf stehende Entwicklung abstellen u. den Arbeitskampf als einen Fall der höheren Gewalt ansehen will.

240 Vgl. Mühlen wie Fn. 208, S. 12.

241 Vgl. Mayer-Maly wie Fn. 237, S. 9 f.; zust. Mühlen wie Fn. 208, S. 12, der den rechtmäßigen Arbeitskampf als Schuldausschließungsgrund bezeichnet.

242 Vgl. oben 3. Kap. (S. 29 ff.).

243 Vgl. oben 2. Kap. (S. 17 ff.).

244 Dazu bereits oben 2. Kap. (S. 19 f. sowie die Nachw. v.a. in Fn. 27).

245 Vgl. die Ausführungen oben 2. Kap. (S. 20 u. die Nachw. in Fn. 35).

stechen mag, diese einfache u. vom Ausgangspunkt her widerpruchsfreie Konzeption zu übernehmen, so muß doch gleich darauf hingewiesen werden, daß diese Vorgehensweise nicht zu rechtfertigen wäre. Wie oben[246] bereits gezeigt worden ist, erklärt sich das einheitliche Konzept der älteren Lehre aus einer im Vergleich zur heutigen Sichtweise völlig andersartigen Betrachtung u. Wertung des Arbeitskampfes.

Der heutigen Bedeutung u. rechtlichen Bewertung des Arbeitskampfes werden von vornherein nur die Beiträge der neueren Lehre gerecht. Nur hier finden insbes. die kollektivrechtliche Betrachtungsweise des Arbeitskampfes[247] sowie die unter dem GG unstr. geltende Arbeitskampffreiheit[248] hinreichend Berücksichtigung.

Da die Vertreter der neueren Lehre aber das Verhältnis von Arbeitskampfrecht zu Schuld- bzw. Handelsrecht nahezu konträr beurteilen[249], muß diese grundlegende Frage in der hier anzustellenden Untersuchung aufgegriffen werden, um das angestrebte Untersuchungsziel realisieren zu können.[250] Weil schuld- u. arbeitsrechtliche Ansätze sich in den zentralen Punkten nicht in Einklang bringen lassen[251], können durch die Entscheidung dieser Frage wesentliche Weichenstellungen für die weiteren Untersuchungsschritte erwartet werden.

---

246 2. Kap. (S. 20).

247 Dazu an dieser Stelle nur BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter I. 3. d. G. u. die ebenda unter I. 1. b', d.G. aufgeführten Nachw.

248 Ohne bereits an dieser Stelle auf eine nähere Diskussion des Inhalts von Art. 9 Abs. 3 GG eingehen zu können, sei darauf hingewiesen, daß die Streikfreiheit auch bereits unter Art. 159 WRV, der als Vorläufer von Art. 9 Abs. 3 GG angesehen werden kann, respektiert wurde, vgl. oben 2. Kap. (S. 19 sowie die Nachw. in Fn. 28). Aus dem neueren Schrifttum etwa Seiter, Streikrecht, S. 58 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 81. Da auch die Aussperrung als Kampfmittel der AG von der wohl h.M. jedenfalls grundsätzlich anerkannt wird, erscheint es gerechtfertigt, hier von der Anerkennung der Arbeitskampffreiheit durch das GG auszugehen; wie hier etwa Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 104. Zum Ganzen näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., a,.

249 Dazu bereits die Darstellung oben 3. Kap. (S. 29 ff.).

250 Zum Untersuchungsziel oben Einl. (S. 12).

251 Vgl. die Hinweise oben 3. Kap. (S. 31 f. u. Fn. 213).

Neben der zunächst allgemeinen Bestimmung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht zu Schuld- u. Handelsrecht muß versucht werden, den Geltungsbereich der gewonnenen bzw. abgeleiteten Grundsätze konkret festzulegen. Daß insoweit Einschränkungen zu machen sein werden, wird jedenfalls dann evident, wenn man daran erinnert, daß die Mehrzahl der bisherigen Stellungnahmen zwischen rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen sowie zwischen verschiedenen Arbeitskampfformen differenziert.[252] Daran anknüpfend sind aber weitere in der Praxis eingesetzte sowie in der arbeitskampfrechtlichen Literatur diskutierte Erscheinungsformen des Arbeitskampfes in die Untersuchung einzubeziehen, da insbes. neuere Arbeitskampfformen bislang nicht die erforderliche Berücksichtigung gefunden haben. Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu klären, wie sich die Fälle ausdrücklicher bzw. stillschweigender Einstandspflichten[253] der jeweiligen Anspruchsgegner auf den Geltungsbereich der allgemeinen Grundsätze auswirken.

Neben diesem hier als sachlichem Geltungsbereich zu bezeichnenden zuletzt genannten Aspekt stellt sich die Frage, ob nicht im Hinblick auf die möglichen denkbaren Anspruchssteller u. Anspruchsgegner weitere Einschränkungen der allgemeinen Grundsätze unter dem Gesichtspunkt des personellen Geltungsbereichs vorzunehmen sind. Diese Möglichkeit ist deshalb in die Überlegungen einzubeziehen, weil die bisherigen Untersuchungen nahezu ausschließlich - zumindest konkludent - auf beiden Seiten nur von Unternehmern ausgehen.[254] Naheliegend ist es aber, daß jedenfalls auf der Seite der potentiellen Anspruchssteller auch andere Personen stehen können.[255] Die diesbezüglich vorliegenden Defizite der bisher vorgenommenen Untersuchungen zum Thema der privatrechtlichen Haftung machen es m.E. erforderlich, zunächst nochmals die

---

252 So insbes. die Vertreter der eingeschränkten Trennungstheorie, oben 3. Kap. (S. 37 ff.), der Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung, oben 3. Kap. (S. 44 ff.) sowie die Vertreter der Vorrangtheorie, oben 3. Kap. (S. 48 ff.).

253 Vgl. dazu bereits den Hinweis oben 3. Kap. (Fn. 216).

254 Soweit ersichtlich behandelt lediglich Schmid, NJW 79, S. 15 ausdrücklich eine davon abweichende Konstellation, nämlich Ansprüche von Zeitungsabonnenten gegen eine Zeitung.

255 Zu denken ist insbes. an Endverbraucher sowie an die öffentliche Hand.

Relevanz der privatrechtlichen Haftung unter Erweiterung insbes. der bisher vorwiegend zugrunde gelegten Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellationen aufzugreifen, zumal hieraus auch Folgerungen für die Beurteilung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zueinander zu erwarten sind.[256]

Steht konkret fest, in welcher Beziehung Arbeitskampfrecht u. Schuld- bzw. Handelsrecht in den möglichen denkbaren Konstellationen der Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter zueinander stehen, bedarf es der Untersuchung, wie diese Grundsätze innerhalb des schuld- bzw. handelsrechtlichen Haftungssystems zu berücksichtigen sind. Wie die vorgenommene Analyse gezeigt hat, ist die Beziehung zwischen potentiellen Anspruchsgegnern und kampfunbeteiligten Dritten nicht arbeitsrechtlicher, sondern ausschließlich privatrechtlicher Natur. Daher ist grundsätzlich vom Anspruchs- u. Anspruchsgrundlagensystem des Schuldrechts bzw. Handelsrechts auszugehen[257], unabh. davon, ob das Arbeitskampfrecht zu Modifikationen dieses Systems führt.[258] Es bedarf m.a.W. der Eingliederung der zu entwickelnden allgemeinen Grundsätze zum Verhältnis zwischen den hier bedeutsamen Teilrechtsgebieten in den Aufbau der jeweiligen in Betracht kommenden anspruchsbegründenden Normen; es ist also zu prüfen, ob diese Grundsätze dort im objektiven Tatbestand, bei der Rechtswidrigkeit oder im subjektiven Tatbestand Berücksichtigung finden müssen.[259]

Von den in den bisherigen Untersuchungen zum Thema der privatrechtlichen Haftung näher angesprochenen Problemkreisen werden damit im

---

256 Dazu im einzelnen unten 2. Teil.

257 Neben Schuld- u. Handelsrecht können sich u.U. auch aus Spezialgesetzen Ansprüche ergeben, vgl. die Hinweise auf EVO u. BSchG z.B. oben in Fn. 13. Eine abschließende Aufzählung der hier in Betracht kommenden Spezialgesetze ist jedoch an dieser Stelle nicht erforderlich.

258 Wie etwa Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter C. III. 1.

259 Dazu ausf. unten 4. Teil.

wesentlichen drei Komplexe nicht im Gesamtkonzept berücksichtigt:

Haftungsbefreiende Umstände zugunsten von Schuldnern privatrechtlicher Ansprüche. In diese Kategorie fallen im einzelnen folgende Institute, die im konkreten Einzelfall zu einer Befreiung der potentiellen Anspruchsgegener von der Haftung führen können: Die Qualifikation von Arbeitskampfmaßnahmen als Akte des Zufalls oder höherer Gewalt, die Haftungsbefreiung aufgrund vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage sowie aufgrund von Verzichtsvereinbarungen u. die mögliche Haftungsminderung wegen eines Mitverschuldens der potentiellen Anspruchssteller gem. § 254 BGB. Eine ausdrückliche Berücksichtigung dieser Umstände ist hier deshalb entbehrlich, weil sie erst dann zum Zuge kommen können, wenn bereits grundsätzlich vom Bestehen einer privatrechtlichen Haftung der potentiellen Anspruchsgegner ausgegangen werden kann. Ob diese Voraussetzung überhaupt vorliegt, ist jedoch str. u. muß daher vorab geklärt werden. Selbst wenn sich dabei die Tragfähigkeit der These vom Grundsatz der Begründetheit der privatrechtlichen Haftung bestätigen sollte, muß auf die genannten haftungsbefreienden bzw. -mindernden Umstände nicht näher eingegangen werden, da ihre Relevanz in den früheren Untersuchungen im wesentlichen einhellig abgelehnt wurde. Insoweit könnte hier ohnehin weitgehend verwiesen werden.

Zulässigkeit u. Grenzen von Arbeitskampf- bzw. Freizeichnungsklauseln. Auch diese Figur kann m.E. nur dann bedeutsam werden, falls überhaupt die privatrechtliche Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten im Grundsatz bejaht werden könnte. Andernfalls wäre die Zugrundelegung derartiger Klauseln von vorneherein überflüssig bzw. hätte nur deklaratorische Bedeutung. Zum anderen müßte im Falle eines Aufgreifens dieses Problemkreises eine detaillierte Inhaltskontrolle einzelner in praxi zur Anwendung kommender Klauseln duchgeführt werden. Dabei müßten nicht nur die in den früheren Untersuchungen bevorzugt herangezogenen Prüfungsmaßstäbe innerhalb des BGB[260], sondern auch die insoweit maßgeblichen Vorschriften des AGBG (§§ 9-11 AGBG)

260 Nur beiläufig sei in diesem Zusammenhang darauf hingewisen, daß neben den primär herangezogenen §§ 276 Abs. 2, 278 S. 2 BGB auch die §§ 134, 138, 242, 315 BGB Berücksichtigung finden müßten.

einbezogen werden.[261] Eine notwendig intensive Beschäftigung mit dem Problem der Inhaltskontrolle würde aber m.E. mit dem hier angestrebten Untersuchungsziel nicht mehr ohne weiteres in Einklang gebracht werden können u. außerdem weitere umfangreiche Überlegungen erfordern, die einer spezielleren Untersuchung überlassen bleiben sollten.

Schließlich soll auch der Problemkreis "Streikversicherung" hier nicht näher erörtert werden. Eine Beschäftigung hiermit wäre zur Zeit von rein akademischem Interesse, da im Gegensatz zur Weimarer Zeit[262] gegenwärtig keine Versicherungen, die das Arbeitskampfrisiko mit umfassen, angeboten werden.[263] Soweit ersichtlich ist ein derartiger Versicherungszweig in nächster Zukunft auch nicht zu erwarten.[264] Anstelle von Arbeitskampfversicherungen bestehen derzeit vielmehr sog. Unterstützungsfonds der AG.[265]

---

261 Das AGBG ist nur in den neueren Beiträgen zum Thema der privatrechtlichen Haftung einbezogen worden, vgl. Pietras, Arbeitskampf, S. 171 ff.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 237 f.; Schmid, NJW 79, S. 19 f. Für die Inhaltskontrolle von Arbeitskampfklauseln sind danach §§ 11 Nr. 2 a, 11 Nr. 7, 11 Nr. 8, 10 Nr. 1, 10 Nr. 3, 9 AGBG heranzuziehen.

262 Zur Streikversicherung in der Weimarer Zeit Ramm, FS für Abendroth, S. 284; Seiter, Streikrecht, S. 283. Wegen seiner praktischen Relevanz ist es verständlich, daß das Thema "Streikversicherung" auch in der Wissenschaft Beachtung fand; vgl. nur die zahlreichen Nachw. bei Seiter wie oben, S. 283 Fn. 17.

263 Vgl. dazu die Hinweise bei Löwisch, AcP 174, S. 213 ff.; Pietras wie Fn. 261, S. 178.

264 Pietras wie Fn. 261, S. 179 erhebt gegen derartige Versicherungen schwerwiegende Bedenken (Gefährdung der Kampfparität).

265 Dazu Seiter wie Fn. 262 m.w.N. in Fn. 20. Zu Entstehungsgeschichte, Rechtsform u. Organisation Ramm wie Fn. 262, S. 296. Zur eingeschränkten Bedeutung dieser Unterstützungsfonds Pietras wie Fn. 261, S. 80 f.

2. Teil: Die Begründetheit privatrechtlicher Ansprüche bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter

Diese Ansprüche bzw. allgemeiner die vom Privatrecht hierfür vorgesehenen Rechtsfolgen sind in den gerade referierten Untersuchungen nur unvollständig herausgearbeitet u. behandelt worden. Auf die dort gewonnenen Ergebnisse kann nur insoweit zurückgegriffen werden, als i.d.R. die Kategorien der vertraglichen sowie der deliktischen Ansprüche genannt werden.[1] Dies führt jedoch nicht sehr viel weiter, da die bisher vorliegenden Analysen auch diesbezüglich unvollständig u. insgesamt zu oberflächlich sind.[2]

1. Kapitel: Potentielle Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellationen

Die Berechtigung der eben formulierten Kritik wird v.a. dann evident, wenn man die Frage nach den möglichen Anspruchsgegnern anspricht, an die sich arbeitskampfbetroffene aber kampfunbeteiligte Dritte wenden können. Hier kommen entgegen der bislang vorwiegend vertretenen Auffassung nicht nur Unternehmer, die häufig gleichzeitig AG sind u. die zu den Anspruchsstellern in schuldvertraglichen Beziehungen stehen, in Betracht.[3]

---

1 Vgl. etwa Dohnau, Lieferverträge, S. 7 ff. u. S. 37 ff.; Edelmann, Haftung, S. 44 ff.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 228 ff. u. S. 239 ff.

2 Dies gilt insbes. im Hinblick auf die potentiell als Anspruchsgegner bzw. Anspruchssteller in Betracht kommenden Personen; die insoweit vorliegenden u. gleich noch näher aufzuzeigenden Mängel führen zwangsläufig dazu, daß auch die Diskussion möglicher vertraglicher u. deliktischer Ansprüche unvollständig ist.

3 So aber Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 173; Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 8 u. S. 75; Bulla, DB 63, S. 755; Dohnau, Lieferverträge, S. 6; Groos, Schadensersatz, S. 13 u. S. 109; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 5; ders., DB 65, S. 501; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 954; Lauschke, DB 66, S. 137; Lieb, Arbeitsrecht, S. 153; Löwisch, DB 62, S. 761; ders., AcP 174, S. 204 ff.; ders., BB 74, S. 1493; Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 2; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 71; Schmid, NJW 79, S. 15; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 121; Strempel, Leistungsstörungen, S. 22; Thomas, Vertragshaftung, S. 1.

Vielmehr sind zusätzlich Gewerkschaften, AG-Verbände, die einzelnen Mitglieder dieser sozialen Gegenspieler sowie einzelne AN u. AG, die nicht einer Gewerkschaft bzw. einem AG-Verband angehören, zu nennen.[4]

Auch auf der Seite der potentiellen Anspruchssteller ist im Vergleich zum bisherigen Meinungsspektrum ausdrücklich eine wichtige Erweiterung vorzunehmen. Hier kommen nicht nur Unternehmer[5], sondern insbes. auch Endverbraucher i.w.S. in Betracht.[6] Auch diese Erweiterung hat keinesfalls nur akademische Bedeutung; auf sie wird auch in dieser Arbeit in anderem Zusammenhang noch zurückzukommen sein.[7]

Sind damit die denkbaren Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellationen abstrakt umschrieben, müssen nun die innerhalb bestimmter Beziehungen in Betracht kommenden Ansprüche sowie deren Begründetheit erörtert werden. Dies erfordert auch eine Berücksichtigung der jeweils einschlägigen Anspruchsgrundlagen.[8]

---

4 So zutr. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239, der allerdings innerhalb der Kategorie "sonstige kämpfende Dritte" nicht mehr weiter differenziert. Dies wäre aber m.E. durchaus sinnvoll, da insbes. die Mitgliedschaft in einem AG-Verband bedeutsam werden kann, wie noch zu zeigen sein wird (unten 3. Kap., § 1, II.).

5 So aber ausdrücklich etwa Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 259; Lauschke, DB 66, S. 137.

6 So zutr. Löwisch, AcP 174, S. 205; ders., BB 74, S. 1493; Schmid, NJW 79, S. 15. Z.T. ist auch allgemein von Dritten - so z.B. Siebrecht, Arbeitskampf, S. 120 - oder von Geschäftspartnern - vgl. etwa Hohn, DB 65, S. 501; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 954 - die Rede.

7 Vgl. dazu insbes. die Bedeutung dieses Gesichtspunkts bei der gegenseitigen Abstimmung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., d,.

8 Über die Begründetheit privatrechtlicher Ansprüche können nur dann zuverlässige Aussagen gemacht werden, wenn die Vor. der jeweiligen Anspruchsgrundlagen, auf die diese Ansprüche gestützt werden können, in die Betrachtung einbezogen werden.

2. Kapitel: Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter bei Bestehen schuldvertraglicher[9] Beziehungen

Von den oben aufgeführten potentiellen Anspruchsgegnern sind hier nur AG/Unternehmer relevant; nur diese können Partner schuld- bzw. handelsrechtlicher Verträge sein.[10]

§ 1: Die möglichen Inhalte des Phänomens "Kampfbetroffenheit"

In die im folgenden zu behandelnde Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellation fällt sowohl die Situation der unmittelbaren als auch der mittelbaren Kampfbetroffenheit der privatrechtlichen Ansprüchen ausgesetzten Personen.

Unmittelbare Kampfbetroffenheit liegt dann vor, wenn in einem Betrieb des jeweiligen AG/Unternehmers, der der Herstellung von Leistungen dient, die Dritten - hier konkret den jeweiligen Vertragspartnern - geschuldet werden, die AN entweder streiken oder ausgesperrt werden.[11] Dabei ist es grundsätzlich belanglos, welche konkrete Form von Streik

---

9 Zu den schuldvertraglichen Beziehungen werden an dieser Stelle nicht solche aufgrund von TV gezählt, wobei nicht verkannt wird, daß dieser Vertragstypus u.a. auch schuldvertragliche Elemente enthält; zur Rechtsnatur von TV noch näher in anderem Zusammenhang unten 3. Kap., § 1, II.

10 Zur Begründung sei daran erinnert, daß hier ausdrücklich nur arbeitskampfbedingte Verletzungen insbes. von Lieferverträgen Gegenstand der Untersuchung sind. Dies setzt aber voraus, daß es sich jedenfalls beim ersten Glied in der Kette von Vertragsbeziehungen (auch) um einen AG handeln muß, da nur AN streiken bzw. ausgesperrt werden können. Auch wenn es sich bei den Anspruchsgegnern in den Fällen einer Fortpflanzung arbeitskampfbedingter Störungen nicht mehr zwingend um AG handeln muß, wird doch i.d.R. die Unternehmereigenschaft zu bejahen sein, da als Gegenstand von Lieferverträgen primär Sachleistungen geschuldet werden, was ein unternehmerisches Tätigwerden erfordert.

11 Ganz überwiegend liegt diese Fallgruppe den Erörterungen zugrunde, vgl. nur Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 259; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 954 f. Hinzuweisen ist darauf, daß die bereits mehrfach angesprochene, in der Person des AG/Unternehmers bestehende Pflichtenkollision hier besonders deutlich zutage tritt.

oder Aussperrung vorliegt.[12]

Demgegenüber wird die Situation der mittelbaren Kampfbetroffenheit dadurch gekennzeichnet, daß im Betrieb des in Anspruch genommenen AG/Unternehmers selbst weder gestreikt noch ausgesperrt wird.[13] Vielmehr kann hier aufgrund der Fernwirkungen eines Arbeitskampfes, der auf andere Betriebe zielt, der Produktionsprozeß nicht durchgeführt bzw. aufrechterhalten werden. Diese möglichen Fernwirkungen haben ihre Ursache v.a. in der bestehenden weitgehenden Arbeitsteilung der deutschen Volkswirtschaft.[14] Auch bei nur mittelbarer Kampfbetroffenheit kann der betroffene AG/Unternehmer i.d.R. seine gegenüber den Vertragspartnern bestehenden Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen. Im Gegensatz zur unmittelbaren Kampfbetroffenheit beruht dies jedoch - aus seiner Sicht - auf externen, außerbetrieblichen Ursachen.[15]

§ 2: Anspruchsarten

Von den verschiedenen bekannten Kategorien von Ansprüchen kommen hier nur Ansprüche aus eigenem Recht in Betracht, da die kampfunbeteiligten

---

12 Dazu noch näher in anderem Zusammenhang unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (1.) - (7.).

13 Vgl. etwa LAG Hamburg v. 28.5.84, DB 84, S. 1580; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 85; Schaub, Handbuch, S. 1154; Söllner, Arbeitsrecht, S. 104.

14 So zutr. Lieb, Arbeitsrecht, S. 153; vgl. dazu auch die Beispiele bei LAG Hamburg v. 28.5.84, DB 84, S. 1580 sowie bei Löwisch, AcP 174, S. 256 Fn. 179.

15 Bei dieser Fallgruppe ist der Hinweis wichtig, daß die Pflichtenkollision - zwischen der Pflicht zur Teilnahme an der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen u. der Pflicht zur Erfüllung schuldrechtlicher Verträge - hier nicht derart evident ist wie in den Fällen der unmittelbaren Kampfbetroffenheit, da die mittelbar betroffenen potentiellen Anspruchsgegner, auch wenn es sich dabei um AG handelt, nicht direkt an der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen teilnehmen, insoweit zutr. Löwisch, AcP 174, S. 256; ders., BB 74, S. 1496. Ob dies im Vergleich zur Situation der unmittelbaren Kampfbetroffenheit zu einer anderen Beurteilung im Hinblick auf die privatrechtliche Haftung führt, wird näher zu untersuchen sein, da auch bei mittelbarer Kampfbetroffenheit Arbeitskampfmaßnahmen Ursache von Unregelmäßigkeiten gegenüber kampfunbeteiligten Dritten sein können.

Dritten jedenfalls aufgrund der bestehenden vertraglichen Beziehungen vorgehen können.[16] Neben solchen vertraglichen sind nur noch deliktische Ansprüche denkmöglich. Andere Anspruchsarten sind demgegenüber nicht falltypisch[17] u. können daher in dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben.[18]

I. Vertragliche Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Dritter

Bei den zugunsten anspruchsstellender Dritter bestehenden vertraglichen Ansprüchen kann zunächst zwischen Primär- u. Sekundärleistungsansprüchen differenziert werden.[19] Primärleistungsansprüche sind auf die ordnungsgemäße Durchführung als den wohl wichtigsten Zweck von Verträgen gerichtet.[20] Der Anspruchssteller kann somit die dort versprochenen bzw. vereinbarten Leistungen verlangen. Kommen derartige

---

16 Im folgenden wird differenziert zwischen Ansprüchen aus eigenem u. solchen aus abgeleitetem Recht; wie hier z.B. Larenz, BGB AT, S. 225 (originärer u. derivativer Rechtserwerb).

17 Die Kategorien der quasivertraglichen, der dinglichen sowie der bereicherungsrechtlichen Ansprüche kommen insbes. aus dem eben vor Fn. 16 genannten Grund von vornherein nicht in Betracht.

18 Ausnahmsweise wird insbes. bei Dauerschuldverhältnissen § 323 Abs. 3 BGB eine Rolle spielen können, wenn die Gegenleistung bereits vor Erbringung der dem Schuldner obliegenden Leistung bewirkt wurde; vgl. dazu das Beispiel von Schmid, NJW 79, S. 15 (Ansprüche von Zeitungsabonnenten auf Rückzahlung bereits geleisteter Abonnementsgebühren, wenn aufgrund von Streiks in der Druckindustrie keine Zeitungslieferungen erfolgen können); dazu auch Richardi, JuS 84, S. 827.

Ferner ist der Vollständigkeit halber auf mögliche Ansprüche auf Zahlung von Vertragsstrafen hinzuweisen (§ 339 BGB), die bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen grundsätzlich als zusätzliche Sanktionen in Betracht kommen können, sofern ein entsprechendes Versprechen des Schuldners vorliegt.

19 Zu dieser grundlegenden Unterscheidung z.B. Brox, Schuldrecht AT, S. 9; auch Medicus, Bürgerliches Recht, S. 99 (Diff. zwischen Primär- u. Sekundärpflichten).

20 Vgl. z.B. Medicus wie Fn. 19; MünchKomm/Emmerich, BGB, Vor § 275, Rdnr. 21 (Vorrang der Naturalerfüllung vor dem Schadensersatzanspruch); allgemein auch Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 179 (Erbringung von vertraglich oder gesetzlich vorgesehenen Leistungen als Zweck von Schuldverhältnissen).

Ansprüche nicht bzw. nicht mehr in Betracht[21], dann treten Sekundärleistungsansprüche neben oder an die Stelle von Primärleistungsansprüchen.[22]

1. Primärleistungsansprüche

Vertragliche Primärleistungsansprüche sind die Erfüllungsansprüche. Der konkrete Inhalt dieser Ansprüche richtet sich nach der Rechtsnatur des jeweiligen Vertrages sowie nach der im Einzelfall zwischen den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarung. Im Hinblick auf den soeben an erster Stelle genannten Faktor sind im Zusammenhang mit arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter v.a. Kauf-, Werk- u. Werklieferungsverträge von Bedeutung.[23] Als Anspruchsgrundlagen für die Vertragserfüllung kommen somit allgemein §§ 433, 631 Abs. 1, 651 Abs. 1 BGB in Betracht. Der Anspruchssteller kann also Erfüllung der dort abstrakt aufgeführten Leistungspflichten unter Berücksichtigung der konkreten individuellen Vereinbarung verlangen.[24] Neben den eben genannten schuldrechtlichen Vertragstypen können arbeitskampfbedingte Störungen auch bei handels-

---

21 Dies kann im hier interessierenden Zusammenhang insbes. dann eintreten, wenn dem Schuldner die Leistung endgültig unmöglich wird, oder wenn der Gläubiger infolge nicht rechtzeitiger Leistung kein Interesse mehr daran hat.

22 Vgl. Brox wie Fn. 19; Medicus wie Fn. 19 (mit Beispielen); grundsätzlich auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 183.

23 Diese Vertragsformen sind bisher hier pauschal als Lieferungsverträge bezeichnet worden, vgl. dazu die Hinweise oben Einl. (S. 3 Fn. 9) sowie die Nachw. in Fn. 20 (1. Teil). Es sei darauf hingewiesen, daß arbeitskampfbedingte Störungen auch bei anderen, hier nicht ausdrücklich genannten Vertragsformen auftreten können. Soweit dies Energielieferungs- u. Beförderungsverträge betrifft, braucht darauf aber nicht gesondert eingegangen werden, da es sich hierbei lediglich um besondere Erscheinungsformen des Kauf- bzw. Werkvertrages handelt.

24 Wegen des im Schuldrecht geltenden Grundsatzes der Gestaltungsfreiheit - dazu noch näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, II., 3., a, - sind selbstverständlich gegenüber den im Gesetz geregelten Idealtypen individuelle Abweichungen zulässig; darauf kann hier nicht näher eingegangen werden.

rechtlichen Verträgen, insbes. bei Frachtverträgen auftreten.[25]

Da Erfüllungsansprüche bereits dann begründet sind, wenn ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist u. keine Gegenrechte des Anspruchsgegners in Form von Einreden oder Einwendungen entgegenstehen[26], muß davon ausgegangen werden, daß solche Ansprüche grundsätzlich auch im hier interessierenden Zusammenhang begründet sein können, es sei denn, es ergeben sich aufgrund arbeitskampfrechtlicher Wertungen Modifikationen.[27]

2. Sekundärleistungsansprüche

Bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen handelt es sich regelmäßig um Fälle der vorübergehenden oder endgültigen Nichtleistung sowie der Nichtannahme der vom Schuldner ordnungsgemäß angebotenen Leistung durch den Gläubiger.[28] Die möglichen Sekundärleistungsansprü-

---

25 Vgl. bereits den Hinweis in Fn. 21 (1. Teil) sowie §§ 425 ff. HGB u. die hierzu existierenden Spezialvorschriften des Eisenbahnfracht-, Binnenschiffahrts-, Seefracht-, Luftfracht- u. Landfrachtrechts; hierzu im einzelnen ausf. Helm in Großkomm. HGB, § 425, Anm. 4 ff.

26 Zum Vertrag als Entstehungsfaktor schuldrechtlicher Ansprüche Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 14; Fikentscher, Schuldrecht, S. 49; Larenz, Schuldrecht AT, S. 39. Vgl. auch Medicus, Bürgerliches Recht, S. 99 (Vertrag als alleinige Quelle von Primärpflichten).

27 Dabei wäre insbes. an die Möglichkeit zu denken, daß die aufgrund eines Vertrages begründeten schuldrechtlichen auf Erfüllung gerichteten Pflichten während eines Arbeitskampfes ganz oder teilweise ruhen; in diesem Sinne ist wohl Löwisch, AcP 174, S. 234 i.V.m. Fn. 109; ders., BB 74, S. 1495 zu verstehen. Zu diesem Gedanken ausf. unten 4. Teil, 2. Kap., § 2.

28 Dies hat seinen wesentlichen Grund wohl darin, daß während eines Arbeitskampfes die Hauptleistungspflichten im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien suspendiert sind (vgl. dazu auch noch näher unten 2. Teil, 2. Kap., § 1, I.) u. somit für Vertragspartner des AG/ Unternehmers bestimmte Leistungen im Rahmen des betrieblichen Produktionsprozesses entweder gar nicht oder nicht rechtzeitig erbracht werden können. Dieser Aspekt ist bereits in den dargestellten früheren Untersuchungen hinreichend deutlich geworden (vgl. nur die Hinweise in Fn. 38, 1. Teil) u. bedarf daher keiner näheren Diskussion mehr.

che zugunsten kampfunbeteiligter Dritter können daher relativ leicht ermittelt werden.

Schulden arbeitskampfbetroffene AG oder Unternehmer die Erbringung von Leistungen, so liegt entweder ein Fall nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung oder aber Schuldnerverzug vor, wenn die geschuldeten Leistungen nicht ordnungsgemäß bewirkt werden können. Das BGB sieht in diesen Fällen als Sanktion insbes. Schadensersatzansprüche u. Rücktrittsrechte vor.[29,30] Anspruchsgrundlagen sind §§ 325, 326 BGB, da es sich bei den oben aufgeführten schuldrechtlichen Vertragstypen um gegenseitige Verträge handelt; im Falle des Schuldnerverzugs ist zusätzlich auf § 286 Abs. 1 BGB hinzuweisen.[31] Die eben genannten Anspruchsgrundlagen kommen auch dann zur Anwendung, wenn arbeitskampfbetroffene AG/Unternehmer ihre sich ebenfalls aus diesen Verträgen ergebenden Abnahmeverpflichtungen (§§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1, 651 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 433 Abs. 2 bzw. 640 Abs. 1 BGB) nicht erfüllen, sofern diese Pflichten im individuellen Vertrag als Hauptpflichten ausgestaltet sind.[32] Zusätzlich kommen in diesen Fällen Ansprüche aus dem Ge-

---

29 Bei den Rücktrittsrechten sind vertragliche u. gesetzliche zu unterscheiden, vgl. dazu Esser, Schuldrecht AT 4. Aufl., S. 182; Fikentscher, Schuldrecht, S. 241 f.; MünchKomm/Janßen, BGB, Vor § 346, Rdnr. 6 ff. Während sich das vertragliche Rücktrittsrecht aus einer entsprechenden Vereinbarung ergibt u. den dort jeweils speziell geregelten Vor. genügen muß, tritt das gesetzliche bei Vorliegen der im Gesetz selbst geregelten Vor. nach Wahl des Gläubigers an die Stelle eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung (vgl. insbes. §§ 325 Abs. 1 S. 1, § 326 Abs. 1 S. 2 BGB). Ob durch einen Rücktritt des Gläubigers auch ein vor der Rücktrittserklärung entstandener Schadensersatzanspruch aus § 286 Abs. 1 BGB erlischt, wird unterschiedlich beantwortet; bejahend etwa Wunner, NJW 85, insbes. S. 830; a.A. BGH v. 24.6.83, NJW 84, S. 42 f.

30 Zur Relevanz von § 323 BGB der Hinweis oben in Fn. 18.

31 Zu Ansprüchen u. Anspruchsgrundlagen in den Fällen der vom Schuldner zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit u. des Schuldnerverzugs allgemein etwa Emmerich, Leistungsstörungen, S. 78 f. u. S. 118 f.; Erman/Battes, BGB, § 325, Rdnr. 5 ff. u. § 326, Rdnr. 6 u. 36 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, insbes. S. 208 ff. u. S. 217 ff.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 309 ff. u. S. 327 ff.; Pietras, Arbeitskampf, S. 70 f.; Richardi, JuS 84, S. 826; zur Unmöglichkeit auch Braun, JA 84, S. 573 f.

32 Wenn es sich bei den Abnahmepflichten nicht um Hauptleistungspflichten handelt, dann treten an die Stelle der §§ 325, 326 BGB die §§ 280 Abs. 1, 286 Abs. 2 BGB; § 286 Abs. 1 bleibt unberührt, vgl. z.B. MünchKomm/Emmerich, BGB, § 280, Rdnr. 2 u. BGB-RGRK/Ballhaus, § 326, Rdnr. 3.

sichtspunkt des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB) in Betracht.[33,34] Allerdings handelt es sich insoweit nur bei dem in § 304 BGB geregelten Aufwendungsersatzanspruch um einen echten Anspruch.[35,36] Die übrigen Rechtsfolgen des Annahmeverzugs führen demgegenüber nach ganz überwiegender Meinung lediglich zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Gläubigers der geschuldeten Leistung.[37]

Die Konstellation der Schlechtleistung bzw. Schlechterfüllung von Verträgen spielt im Zusammenhang mit arbeitskampfbedingten Verletzungen der oben aufgeführten Vertragsformen keine Rolle u. kann daher im folgenden unberücksichtigt bleiben.[38]

---

33 Vgl. die zutreffenden Hinweise bei Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 176 f.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 957; Löwisch, BB 74, S. 1496; Richardi, JuS 84, S. 833. Str. ist allerdings das Eintreten der Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs innerhalb des Geltungsbereichs eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht; bejahend Löwisch, abl. Hueck/Nipperdey jeweils wie oben.

34 In diesen Fällen liegen gleichzeitig die Vor. von Schuldner- u. Gläubigerverzug vor, so zutr. z.B. Fikentscher, Schuldrecht, S. 226; Larenz, Schuldrecht AT, S. 360; Staudinger/Löwisch, BGB, Vorbem. zu §§ 293-304, Rdnr. 6. Die jeweiligen Rechtsfolgen können daher kumulativ eintreten, da diese nicht identisch sind.

35 Zur Qualifizierung dieses Ersatzanspruchs als selbständigen Anspruch Staudinger/Löwisch, BGB, § 304, Rdnr. 5. Zu Inhalt u. Umfang des Aufwendungsersatzanspruchs näher BGB-RGRK/Alff, § 304, Rdnr. 1; MünchKomm/Walchshöfer, BGB, § 304, Rdnr. 2 f.; auch Richardi, JuS 84, S. 833 f.

36 Bei Werkverträgen enthält § 642 BGB eine über § 304 BGB hinausgehende Sonderregelung, vgl. etwa Fikentscher, Schuldrecht, S. 226; Larenz, Schuldrecht AT, S. 369.

37 Vgl. zu den verschiedenen Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs die Übersichten bei Emmerich, Leistungsstörungen, S. 196 ff.; Fikentscher wie Fn. 36; Larenz wie Fn. 36, S. 365 ff.; zum Ganzen auch die Hinweise bei Pietras, Arbeitskampf, S. 72.

38 Wie bereits die früheren Untersuchungen zum Thema bestätigt haben (vgl. die Hinweise in Fn. 38 1. Teil), können vertragliche Ansprüche aus den Gesichtspunkten des Gewährleistungsrechts sowie der pVV unberücksichtigt bleiben.

In bezug auf die Begründetheit der eben skizzierten vertraglichen Sekundärleistungsansprüche kann allgemein festgehalten werden, daß die Vor. des objektiven Tatbestands in den Fällen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen regelmäßig vorliegen.[39] Auch die Rechtswidrigkeit ist deshalb zunächst unproblematisch zu bejahen, da im Vertragsrecht grundsätzlich die Verletzung von vertraglichen Pflichten zur Vertrags- u. damit zur Rechtswidrigkeit führt.[40] Damit sind jedenfalls bei der verschuldensunabhängigen Haftung[41] vertragliche Sekundärleistungsansprüche dann begründet, wenn die ursprünglichen Erfüllungsansprüche nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg realisiert werden können u. sich nicht wiederum aufgrund der Berücksichtigung arbeitskampfrechtlicher Wertungen Abweichungen ergeben.[42]

---

39 Zu den Vor. des objektiven Tatbestands der oben vor Fn. 31 genannten Anspruchsgrundlagen zählen neben dem Vorliegen eines gegenseitigen Vertrages nur noch die nachträgliche Unmöglichkeit bzw. der Schuldnerverzug mit einer Hauptleistungspflicht; das Vorliegen dieser Vor. bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen ist evident, vgl. nur Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 954 f.; Löwisch, AcP 174, S. 204; ders., BB 74, S. 1493.

40 Vgl. etwa Fikentscher, Schuldrecht, S. 253; Larenz, Schuldrecht AT, S. 267; Löwisch, AcP 165, S. 422 f. Diese allgemeine Feststellung kann hier getroffen werden, ohne daß eine nähere Auseinandersetzung mit der Frage erforderlich ist, ob bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit an die Verletzungshandlung u./oder den Verletzungserfolg anzuküpfen ist; dazu hier nur Deutsch, Haftungsrecht, S. 202 f. m.w.N.; zum Inhalt der Lehren vom Erfolgs-u. Handlungsunrecht Kötz, Deliktsrecht, S. 54 f. (Erfolgsunrecht) u. S 55 f. (Handlungsunrecht). Ebenso kann es m.E. an dieser Stelle unentschieden bleiben, ob zwischen Vertrags- u. Rechtswidrigkeit überhaupt zu differenzieren ist (bejahend etwa Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 81; a.A. z.B. Löwisch, AcP 165, S. 422).

41 Zur verschuldensunabhängigen Haftung zählt insbes. die Gefährdungshaftung; zu einzelnen wichtigen Fällen der Überblick bei Deutsch, JuS 81, S. 319 ff.; zur Gefährdungshaftung im Zusammenhang mit Frachtverträgen näher Helm, Haftung, S. 105 ff. mit Hinweisen auf diverse spezialgesetzliche Normen in Fn. 520 (S. 105). Im Rahmen dieser Arbeit ist aus diesem Problemkreis die Haftung bei Vorliegen echter Gattungsschulden, Garantieversprechen (dazu noch näher unten 3. Teil, 3. Kap.) sowie in den Fällen des Annahmeverzugs (vgl. eben die Hinweise auf S. 67 f.) bedeutsam.

42 Insbes. im Hinblick auf die hier noch näher zu behandelnden Fälle verschuldensunabhängiger Haftung gewinnt das Problem Bedeutung, wie ein möglicher Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht systematisch zu berücksichtigen ist, da das Verschulden als ein möglicher Anknüpfungspunkt insoweit von vornherein ausscheidet; dazu näher unten 4. Teil, 1. Kap., § 1.

Demgegenüber ist die Frage nach der Begründetheit solcher Ansprüche schwieriger zu beantworten, wenn es sich um Fälle verschuldensabhängiger Haftung handelt, wovon bei der privatrechtlichen Haftung i.d.R. auszugehen ist.[43] Ansatzpunkt für eine zumindest summarische Klärung dieses Problems ist, daß die Verletzungen schuld- bzw. handelsvertraglicher Pflichten, die zur Schädigung kampfunbeteiligter Dritter führen, ihre Ursachen i.S.d. Äquivalenztheorie in Streiks und/oder Aussperrungen haben können.[44] Demzufolge muß im Hinblick auf das für eine Haftung notwendige Vertretenmüssen des Anspruchsgegners - hier insbes. des AG/Unternehmers - folgendermaßen differenziert werden.[45]

Ist Ursache einer Vertragsverletzung (auch) eine Aussperrung, so bestimmt sich dieses Vertretenmüssen grundsätzlich nach § 276 Abs. 1 BGB.[46,47] Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß der AG/Unter-

---

43 Zum Grundsatz der Verschuldensabhängigkeit der schuldrechtlichen Haftung Blomeyer, Schuldrecht, S. 119; Deutsch, JuS 81, S. 317; Larenz, Schuldrecht AT, S. 257; Staudinger/Löwisch, BGB, § 276, Rdnr. 1; auch Reinecke, Haftung des Verkäufers, S. 14.

44 Zur Kausalität von Arbeitskampfmaßnahmen im Hinblick auf Vertragsverletzungen unter Berücksichtigung verschiedener Konstellationen ausf. Piétras, Arbeitskampf, S. 72 ff.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 35 ff. Im Ergebnis ist davon auszugehen, daß sowohl Streiks als auch Aussperrungen, unabh. von ihrer konkreten Erscheinungsform, für den Eintritt arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen ursächlich werden können. Zur notwendigen Diff. bei Abwehraussperrungen im Hinblick auf den Eintritt von Leistungsstörungen im einzelnen Strempel wie oben, S. 37 ff.; zur Kausalitätsproblematik bei schuldnerfremden Kampfmaßnahmen auch Pietras wie oben, S. 75 ff.

45 Wenn ein potentieller Anspruchsgegner in Anspruch genommen wird, der selbst weder bestreikt wird noch aussperrt, sondern seinerseits lediglich von diesen Maßnahmen mittelbar betroffen wird, so ist diese Tatsache selbstverständlich auch bei der Prüfung seines Vertretenmüssens zu berücksichtigen; vgl. zu diesem Aspekt Löwisch, AcP 174, S. 257 f. Ob dabei rein schuldrechtliche Überlegungen aufrechterhalten werden können, wird an anderer Stelle noch zu erörtern sein.

46 Vgl. etwa Brendel, Lieferverpflichtungen, insbes. S. 94; Bulla, DB 63, S. 756; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 121.

47 Falls auf der Seite des Anspruchsgegners ein Handelsgeschäft i.S.v. § 343 HGB vorliegt - was wohl in den meisten Fällen der hier zu behandelnden privatrechtlichn Haftung zutreffen wird -, hat der Schuldner über § 276 Abs. 1 BGB hinaus für die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen (§ 347 Abs. 1 HGB); zutr. wie hier Strempel, Leistungsstörungen, S. 100 f. Zur Spezialität von § 347 HGB gegenüber § 276 BGB z.B Ratz in Großkomm. HGB, § 347,

nehmer hier letztlich aus eigener Verantwortung handelt, wenn er allein[48] oder aufgrund eines entsprechenden Beschlusses des AG-Verbandes, dessen Mitglied er ist[49], die in seinem Betrieb beschäftigten AN aussperrt. Eine Zurechnung des Handelns des AG-Verbandes über § 278 BGB scheidet in jedem Fall aus, da der AG-Verband bezüglich der Führung von Arbeitskampfmaßnahmen nicht Erfüllungsgehilfe seiner einzelnen Mitglieder ist.[50] Regelmäßig handelt der Anspruchsgegner vorsätzlich, wenn er aussperrt, da er weiß, daß er dann seine Dritten gegenüber bestehenden Pflichten u.U. nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen kann u. er diese Folge auch zumindest billigend in Kauf nimmt.[51]

Anm. 1. Zur Geltung der Vorschrift für Geschäftsführer von Handelsgesellschaften Baumbach/Duden/Hopt, HGB, § 347, Anm. 1, E. zum Inhalt der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als die bei Handelsgeschäften im Verkehr erforderliche Sorgfalt näher etwa Heymann/Kötter, HGB, § 347, Anm. 3.

48 Dieser Fall liegt beim sog. Firmenarbeitskampf vor; dazu Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, unter A. II. 1. (zur Aussperrung) sowie in anderem Zusammenhang unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, bb, bbb, aaaa,.

49 Dies gilt für den Verbandsarbeitskampf, bei dem sich Gewerkschaften u. AG-Verbände gegenüberstehen.

50 Vgl. Esser, JZ 63, S. 492 f.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 102; im Ergebnis wohl auch Richardi, JuS 84, S. 831. Die von Esser herangezogene Begründung, es fehle im Verhältnis von AG zu AG-Verband an der erforderlichen Weisungsgebundenheit des Verbandes, trägt allerdings m.E. nicht, da die Weisungsgebundenheit nicht zu den Vor. von § 278 BGB zählt, so zutr. etwa Kupisch, JuS 83, S. 820. Entscheidend ist vielmehr, daß es deshalb an der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Verbandes fehlt, weil dieser offensichtlich nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten der einzelnen Verbandsmitglieder gegenüber deren Schuldvertragspartnern tätig wird, sondern völlig außerhalb dieser Rechtsbeziehungen steht. Zu den Vor. der Erfüllungsgehilfeneigenschaft im einzelnen noch unten nach Fn. 58.

51 So zutr. Bulla, DB 63, S. 756; Lauschke, DB 66, S. 141; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 121; Strempel, Leistungsstörungen, S. 100; im Ergebnis auch Däubler, Arbeitskampfrecht, S. 556 (mit der unzutr. Begründung, Aussperrungen seien i.a. rechtswidrig).

Wenn demgegenüber die Vertragsverletzung (auch) auf einen Streik zurückzuführen ist, muß bei der Prüfung eines möglichen Verschuldens zunächst wiederum § 276 Abs. 1 BGB herangezogen werden.[52] Ein Vertretenmüssen des AG/Unternehmers aus diesem Gesichtspunkt kommt insbes. dann in Betracht, wenn dieser durch sein Handeln das Ausbrechen eines Streiks provoziert[53] oder es unterläßt, das ihm Zumutbare zur Abwendung bzw. Beendigung dieser Arbeitskampfmaßnahme zu unternehmen.[54] Außerdem wird man u.U. ein sog. Vorsorgeverschulden zu prüfen haben.[55]

Zusätzlich bleibt nun aber in solchen Fällen zu untersuchen, ob sich der Anspruchsgegener das Handeln der streikenden AN nicht gem. § 278 BGB zurechnen lassen muß mit der Folge, daß er deren mögliches Verschulden wie sein eigenes vertreten muß.[56] Dieser Aspekt ist bisher

---

52 Vgl. dazu etwa Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 34 ff., insbes. S. 35; Esser, JZ 63, S. 492; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9 f. u. S. 17; Siebrecht wie Fn. 51, S. 123; Strempel wie Fn. 51, S. 82 f. Dieser Aspekt wird i.d.R. als "Streikverschulden" bezeichnet, was wegen des Hintergrundes durchaus als sinnvoll angesehen werden kann.

53 Dazu Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 260; Däubler wie Fn. 51; Siebrecht wie Fn. 51, S. 123. Vgl. zu dieser Fallgruppe auch die Beispiele bei Strempel wie Fn. 51, S. 83 f.

54 Vgl. Brendel wie Fn. 52; Esser wie Fn. 52. Kernproblem dieses Aspekts ist die Frage, ob u. ggf. inwieweit der AG verpflichtet ist, Forderungen des sozialen Gegenspielers nachzugeben, um nicht gegen schuldvertragliche Pflichten zu verstoßen. In diesem Zusammenhang ist es v.a. bedeutsam, wie eine Pflicht zum Nachgeben mit der Tarifautonomie in Einklang gebracht werden kann. Gegen eine Heranziehung dieses Umstandes bei der Prüfung eines Verschuldens (Arbeitskampfverschulden) z.B. Löwisch, AcP 174, S. 235 f.

55 Bei dieser Kategorie besteht der dem Anspruchsgegner gemachte Vorwurf darin, ohne Einschränkungen schuldrechtliche Vertragspflichten eingegangen zu sein, obwohl er wußte oder zumindest hätte wissen müssen, daß er diese aufgrund von stattfindenden Arbeitskämpfen nicht würde erfüllen können. Als konkrete Vorsorgepflichten werden z.B. unzureichende Vorratshaltung u. nicht vorgenommene Haftungsfreizeichnung genannt, vgl. etwa Löwisch, AcP 174, S. 241 f.; ausf. Strempel, Leistungsstörungen, S. 90 ff.

56 Bei Frachtverträgen sind diverse Spezialbestimmungen zu beachten. Für das Landfrachtrecht ist zunächst § 431 HGB einschlägig, der über § 278 BGB insoweit hinausgeht, als sich der Frachtführer das Verschulden seiner Leute auch dann zurechnen lassen muß, wenn diese gar nicht zur Erfüllung von dessen Verbindlichkeiten tätig wurden, vgl. Helm in Großkomm. HGB, § 431, Anm. 1 u. 2; Schlegelberger/Geßler, HGB, § 431, Rdnr. 1; Staudinger/Löwisch, BGB, § 278 Rdnr. 8

auch innerhalb der neueren Lehre sehr unterschiedlich gesehen worden.[57] Ganz überwiegend hat man dort die Anwendbarkeit von § 278 BGB in diesem Zusammenhang abgelehnt.[58]

Nach ganz h.M. ist Erfüllungsgehilfe, wer mit Willen des Schuldners - hier also des AG/Unternehmers - zur Erfüllung von dessen Verbindlichkeiten gegenüber anderen - hier den kampfunbeteiligten Dritten - tätig wird.[59] Diese Vor. ist zweifellos erfüllt, da AG AN regelmäßig nicht zum Selbstzweck oder aufgrund von sozialethisch hochstehenden Motiven, sondern im Hinblick auf die Sicherung des ordnungsgemäßen Ablaufs des betrieblichen Produktionsprozesses einstellen.[60] Dieser Prozeß wiederum dient zur Herstellung bzw. Erbringung von gegenüber Dritten geschuldeten Leistungen.

M.E. liegt ferner die weitere wesentliche Vor. vor, daß auch die streikweise Arbeitsniederlegung noch Handeln zur Erfüllung von Verbindlichkeiten sein muß.[61] Da Handeln nicht nur allgemein, sondern

---

Zum Begriff "Leute" Helm wie oben, § 431, Anm. 3; Schlegelberger/-Geßler wie oben, § 431, Rdnr. 3; zu den weiteren teilweise von § 431 HGB abweichenden Zurechnungsnormen im Frachtrecht ausf. Helm, Haftung, S. 112 f.

57 Vgl. einerseits etwa Löwisch, DB 62, S. 762, andererseits z.B. Siebrecht, Arbeitskampf, S. 123.

58 Vgl. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 261; Däubler, Arbeitskampfrecht, S. 556; Esser, JZ 63, S. 492; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 958; Lauschke, DB 66, S. 139 u. S. 143; Löwisch, AcP 174, S. 251; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 86 f.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeiskampfrecht, S. 233; Siebrecht wie Fn. 57; Strempel, Leistungsstörungen, S. 96 ff.

59 Vgl. z.B. BGH v. 21.4.54, BGHZ 13, S. 113 f.; BGH v. 27.3.68, BGHZ 50, S. 35; BGH v. 8.2.74, BGHZ 62, S. 124; BGB-RGRK/Alff, § 278, Rdnr. 11; Erman/Battes, BGB, § 278, Rdnr. 14 ff.; Kupisch, JuS 83, S. 820; Larenz, Schuldrecht AT, S. 274; MünchKomm/Hanau, BGB, § 278, Rdnr. 12.

60 Daß die AN allein diese Funktion erfüllen, wird bereits daran deutlich, daß sie per definitionem als Nichtselbständige fremdbestimmte, d.h. vom AG bestimmte Arbeiten leisten, vgl. etwa Lieb, Arbeitsrecht, S. 1 f.; Stahlhacke, HzA Bd. I Gruppe 1, unter IV. 1.; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 44 ff.

61 Diese Vor. liegt insbes. dann vor, wenn der Schuldner die von ihm geschuldeten Leistungen durch (einen) andere(n) ausführen läßt, vgl. MünchKomm/Hanau, BGB, § 278, Rdnr. 17; Staudinger/Löwisch, BGB, § 278, Rdnr. 17; dieser Fall ist bei der Einschaltung von AN regelmäßig gegeben.

auch im Rahmen von § 278 BGB sowohl positives Tun als auch Unterlassen umfaßt[62], ist es wenig einsichtig, eine Zurechnung nach § 278 BGB zu bejahen, wenn AN bei der Herstellung von Leistungen etwa die Erfüllung der ihnen obliegenden Pflichten unterlassen, sie aber dann abzulehnen, wenn überhaupt nicht gearbeitet wird.[63] Eine brauchbare u. praktikable Abgrenzung, wann ein Unterlassen zur Anwendbarkeit von § 278 BGB oder zu seiner Ablehnung führen soll, ist m.E. nur dann realisierbar, wenn man arbeitskampfrechtliche Wertungen unmittelbar berücksichtigen würde.[64] Eine allgemeine Ablehnung der Anwendbarkeit von § 278 BGB würde weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn u. Zweck dieser Norm[65] problemlos in Einklang zu bringen sein. Völlig grotesk mutet in diesem Zusammenhang der Vorschlag an, die Anwendbarkeit von § 278 BGB davon abhängig zu machen, ob die AN bereits vor der Arbeitsniederlegung mit der Herstellung von gegenüber später geschädigten Dritten geschuldeten

---

62 So zutr. BGH v. 14.2.57, BGHZ 23, S. 323; MünchKomm/Hanau, BGB, § 278, Rdnr. 13 (schuldhaftes Unterlassen der aufgetragenen Arbeiten durch Gehilfen); a.A. zu Unrecht Staudinger/Löwisch, BGB, § 278, Rdnr. 16. Die Auffassung von Löwisch geht m.E. fehl, da nicht einzusehen ist, warum der Schuldner hier das Risiko von sich abwälzen kann, obwohl er doch seine Erfüllungsgehilfen nach seinen eigenen Vorstellungen auswählen kann. Die Konstruktion über ein mögliches Auswahlverschulden ist im Hinblick auf die Interessen der Gläubiger wenig befriedigend, da diese im Zweifel wohl insoweit die Beweislast treffen würde.

63 In diesem Zusammenhang wird eine bemerkenswerte Inkonsequenz diverser Vertreter der schuldrechtlichen Ansätze deutlich, wenn sie entgegen ihrer Ausgangshypothese zur Begründung der Ablehnung der Anwendbarkeit von § 278 BGB die Einheitstheorie (dazu näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, I.) heranziehen. So deutlich etwa Strempel, Leistungsstörungen, S. 97 f., wenn er eine Rechtspflicht der AN zur Erbringung der Arbeitsleistung deshalb ablehnt, weil diese während Streiks ruhe.

64 Dies würde dazu führen, daß bei rechtmäßigen Streiks die Arbeitspflicht suspendiert wird, da nach der Einheitstheorie ein nach Arbeitskampfrecht rechtmäßiger Streik arbeitsvertraglich nicht zur Rechtswidrigkeit der Arbeitsniederlegung führen kann.

65 Sinn u. Zweck von § 278 BGB werden zutr. darin gesehen, daß derjenige Schuldner, der durch Einschaltung von Hilfspersonen auch vermögenswerte Vorteile erlangt, ebenfalls die Risiken tragen soll, die dem Gläubiger hieraus erwachsen (können), vgl. statt vieler BGH v. 8.2.74, BGHZ 62, S. 124; Erman/Battes, BGB, § 278, Rdnr. 1; Kupisch, JuS 83, S. 819 f.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 275; Richardi, JuS 84, S. 832.

Leistungen begonnen haben.[66] Daher muß m.E. im Ergebnis die Anwendbarkeit dieser Norm auch auf streikende AN grundsätzlich bejaht werden, wenn diese im Hinblick auf die streikweise Arbeitsniederlegung ein Schuldvorwurf trifft.[67] Damit ist allerdings noch keine endgültige Entscheidung darüber getroffen, ob damit eine Erweiterung der privatrechtlichen Haftung zugunsten kampfunbeteiligter Dritter verbunden ist.[68]

---

66 So aber Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 43 ff.; im Ergebnis ebenso Richardi, JuS 84, S. 832 f. Ähnl. bedenklich ist der Vorschlag von Löwisch, AcP 174, S. 251 f., der z.B. beim sog. Bummelstreik die Anwendbarkeit von § 278 BGB dann bejahen will, soweit die AN arbeiten, sie in den Phasen der Arbeitsniederlegung aber ablehnt.

67 Das Verschulden der Erfüllungsgehilfen ist notwendige Vor. für eine Zurechnung ihres Handelns auf den Schuldner, vgl. z.B. BGH wie Fn. 65; Kupisch wie Fn. 65, S. 818; Larenz wie Fn. 65; MünchKomm/Hanau, BGB, § 278, Rdnr. 35.

68 Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, daß im Zusammenhang mit der Teilnahme an Arbeitskämpfen ein Verschulden der streikenden AN nur verhältnismäßig selten vorliegen wird. Insbes. wird es i.d.R. bei gewerkschaftlich geführten rechtswidrigen Streiks fehlen, da die gewerkschaftliche Trägerschaft entweder eine Vermutung für die Rechtmäßigkeit solcher Streiks auch zugunsten der daran beteiligten AN begründet, so BAG v. 19.6.73, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter II. 1. d.G., oder die Rechtswidrigkeit für den einzelnen AN nicht erkennbar ist, so neuerdings klarstellend BAG v. 29.11.83, ZIP 84, S. 741. Daher wird man davon ausgehen müssen, daß auf Seiten der AN ein Verbotsirrtum vorliegt, der dann zur Verneinung des Verschuldens führt, wenn er unvermeidbar ist; vgl. zu dieser Konstruktion etwa Schaub, Handbuch, S. 1148; Söllner, Arbeitsrecht, S. 99. Zu den Anforderungen an die Unvermeidbarkeit z.B. BAG v. 20.12.63, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. III. d.G. Daher wird das Verschulden streikender AN primär nur in den Fällen wilder Streiks - zum Begriff unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (5.) - bejaht werden können.

II. Deliktische Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Dritter

Hier kommen als konkrete schuldrechtliche Anspruchsgrundlagen grundsätzlich §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2, 826 u. 831 BGB in Betracht.[69] Diese Vorschriften sehen in der Rechtsfolge einheitlich lediglich Schadensersatzansprüche vor.[70]

1. § 826 BGB

Von den oben aufgeführten Vorschriften kann § 826 BGB von vornherein als im hier interessierenden Zusammenhang obsolet ausgeschieden werden. Dieser Norm kommt nach heute h.M. bei der rechtlichen Beurteilung der Folgen von Arbeitskämpfen generell keine praktische Bedeutung mehr zu.[71]

---

69 Bei den genannten Vorschriften handelt es sich um die Grundtatbestände des deliktischen Anspruchsgrundlagensystems; zur Diff. gegenüber den besonderen Deliktstatbeständen etwa Erman/Drees, BGB, § 823, Rdnr. 1. Zur Relevanz dieser Anspruchsgrundlagen bei arbeitskampfbedingten Folgen bereits Dohnau, Lieferverträge, S. 37 ff.; Edelmann, Haftung, S. 44 ff.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239 ff.

70 Die Art u. Weise wie der schadlose Zustand wiederherzustellen ist, ergibt sich - ebenso wie bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen - aus §§ 249 ff. BGB (einheitliche Regelung des Schadensersatzes im Vertrags- u. Deliktsrecht durch §§ 249 - 254 BGB, vgl. statt vieler Wiedemann, FS für Hübner, S. 719). In den hier interessierenden Fällen wird i.d.R. nur Geldersatz in Betracht kommen, so zutr. für Schadensersatz bei Vertragsverletzungen Hamann, Schadensberechnung, S. 24 f. Für deliktische Ansprüche kann nichts anderes gelten, da auch dort regelmäßig Vermögensschäden eintreten, die anderweitig nicht ausgeglichen werden können. Vom Grundsatz des vollen Schadensausgleichs, wie ihn §§ 249 ff. BGB vorsehen, bestehen im Bereich der Gefährdungshaftung einige Ausnahmen, von denen hier insbes. auf §§ 75 BSchG, 91 EVO, 48 LuftVG hingewisen sei, vgl. z.B. Hamann wie oben, S. 19.

71 Vgl. dazu Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 220 sowie die Hinweise bei Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1035 f. Versuche, § 826 BGB in diesem Zusammenhang wieder stärker in den Blickpunkt zu rücken, müssen als gescheitert angesehen werden; vgl. zu diesem Gesichtspunkt z.B. Lieb, Arbeitsrecht, S. 141 mit näheren Hinweisen v.a. in Fn. 77; zum Ganzen auch Brox, JA 81, S. 78.

2. § 823 Abs. 2 BGB

Auch der Stellenwert von § 823 Abs. 2 BGB muß als sehr gering angesehen werden. Zwar ist anerkannt, daß Arbeitskampfmaßnahmen insbes. diverse Tatbestände des materiellen Strafrechts, die grundsätzlich als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB anzusehen sind, erfüllen können.[72] Dabei ist aber zu beachten, daß ein Verstoß gegen ein Schutzgesetz nur dann vorliegt, wenn dieses unmittelbar sachlich u. persönlich bestimmte Personen vor bestimmten Schäden zu schützen beabsichtigt; ein nur mittelbarer Schutz genügt insoweit nicht.[73] Kampfunbeteiligte Dritte im hier verstandenen Sinne werden aber, wie bereits klargestellt wurde, regelmäßig nur mittelbar von den Folgen von Arbeitskämpfen betroffen. Arbeitskampfmaßnahmen zielen nämlich primär auf den jeweiligen sozialen Gegenspieler[74]; durch Schutzgesetze unmittelbar geschützte Rechte u. Rechtsgüter können also i.d.R. nur innerhalb dieser Beziehung tangiert werden. Die Auswirkungen von Kampfmaßnahmen auf Dritte spielen zwar im Rahmen der von den sozialen Gegenspielern eingesetzten Kampfstrategien eine nicht zu unterschätzende Rolle[75], sie können aber keineswegs als das unmittelbar zu realisierende Ziel angesehen werden. Dieses besteht vielmehr darin, auf den jeweiligen Gegenspieler Druck auszuüben, um ihn zum Nachgeben gegenüber den aufgestellten tarifpolitischen Forderungen zu zwingen.[76]

---

72 In diesem Zusammenhang werden häufig §§ 123 f., 185 ff., 223 ff., 240, 253, 303 StGB genannt, vgl. etwa Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 199 u. S. 215; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1034; auch Weireter, Sozialadäquanz, S. 109.

73 Vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 72; grundsätzlich wohl auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 659; Kötz, Deliktsrecht, S. 83 ff.; MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 141 u. 143 m.w.N.

74 So zutr. Hueck/Nipperdey wie Fn. 72, S. 872 f.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 72.

75 Lieb, Arbeitsrecht, S. 153 geht sogar davon aus, daß derartige Wirkungen von den Gewerkschaften bewußt hervorgerufen werden.

76 Vgl. Schaub, Handbuch, S. 1131 f.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 73 f. Zum Verhältnis von TV u. Arbeitskampf noch ausf. unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., d, aa,.

Unter Berücksichtigung dieser Zusammenhänge wird man m.E. davon ausgehen müssen, daß Arbeitskämpfe - unabh. von ihrer konkreten Erscheinungsform - im Verhältnis zu kampfunbeteiligten Dritten i.d.R. nicht zu Schutzgesetzverletzungen führen u. daher auch nicht über § 823 Abs. 2 BGB Schadensersatzansprüche zu begründen vermögen.[77] Es ist daher hier entbehrlich, die einzelnen häufig im Zusammenhang mit den Folgen von Arbeitskämpfen genannten Schutzgesetze auf ihren konkreten Schutzbereich hin zu analysieren.[78]

3. § 823 Abs. 1 BGB

Von den durch diese Norm allein geschützten absoluten Rechten u. Rechtsgütern kommt gegenüber kampfunbeteiligten Dritten nur eine mögliche Verletzung des Rechts am eingerichteten u. ausgeübten Gewerbebetrieb[79] als sonstiges Recht in Betracht.[80,81] Ohne in dieser Arbeit auf die auch heute noch z.T. umstrittenen dogmatischen Fragen

---

77 Wie hier beiläufig Dohnau, Lieferverträge, S. 41 u. S. 57; allgemein auch Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 220. Daher ist es nur konsequent, wenn z.B. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239 ff. § 823 Abs. 2 BGB bei der Behandlung deliktischer Ansprüche gänzlich unberücksichtigt läßt.

78 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt die Hinweise bei Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1051 ff.

79 Z.T. auch als Recht am Unternehmen bezeichnet, vgl. z.B. MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 484; dieser Terminus wird hier im folgenden verwendet.

80 Insoweit zutr. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239. Diesen Gesichtspunkt übersieht Däubler, Arbeitskampfrecht, S. 556, wenn er der deliktischen Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten von vornherein jede Relevanz abspricht. § 823 Abs. 1 BGB kommt lediglich insoweit nicht zur Anwendung, als es um die Verletzung schuldvertraglicher Pflichten geht, da diese aus der Sicht der potentiellen Anspruchssteller relativen Rechte isoliert betrachtet von vornherein nicht unter diese Norm fallen, vgl. nur Dohnau, Lieferverträge, S. 40; Mincke, JZ 84, S. 862.

81 Zur gewohnheitsrechtlichen Anerkennung dieses Rechts bereits Adams, Streik, S. 58 f. m.w.N. in Fn. 161 (S. 59); Bulla, RdA 62, S. 7; auch BAG v. 12.9.84, DB 84, S. 2568.

dieses Rahmenrechts eingehen zu können[82], sind hier nur einige wenige Grundlagen bedeutsam u. daher im folgenden zu referieren.

Die Begründetheit von Schadensersatzansprüchen wegen einer Verletzung des Rechts am Unternehmen erfordert das Vorliegen folgender drei Vor.[83]

Subsidiarität: Da bei arbeitskampfbedingten Folgen für kampfunbeteiligte Dritte i.d.R. keines der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten Rechte bzw. Rechtsgüter tangiert wird u. auch §§ 823 Abs. 2, 826 BGB sowie die Sondertatbestände des Deliktsrechts bereits tatbestandsmäßig nicht vorliegen, steht die Subsidiarität des Rechts am Unternehmen einer Anwendbarkeit von § 823 Abs. 1 BGB im hier zu erörternden Zusammenhang nicht entgegen.[84]

Existenz eines eingerichteten u. ausgeübten Gewerbebetriebs (Unternehmens): Vom Vorliegen dieser Vor. kann selbstverständlich nur dann ausgegangen werden, wenn der Anspruchssteller Gewerbetreibender bzw. Unternehmer ist.[85] Andere Personen, denen diese Eigenschaft fehlt,

---

82 Vgl. zu den einzelnen Aspekten etwa Kötz, Deliktsrecht, S. 49 f.; Kohlhaas, Eingriff, S. 42 ff.; Preusche, Unternehmensschutz, insbes. S. 63 ff. u. S. 91 ff. Vgl. auch den Hinweis von Buchner, Gewerbebetrieb, S. 1, wonach die grundsätzliche Anerkennung dieses Rechts sowie die Abgrenzung seines Schutzbereiches umstr. sein sollen.

83 Zu den Vor. wie hier Erman/Drees, BGB, § 823, Rdnr. 35 ff.; MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 487, 488 ff. u. 493 f.

84 Zur Ablehnung von §§ 823 Abs. 2, 826 BGB schon oben (S. 76 u. S. 77 f.). Zutr. wie hier im Ergebnis Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239. Insbes. kommt eine Verletzung des Eigentums nicht in Betracht, da es sich bei den Nachteilen kampfunbeteiligter Dritter regelmäßig um reine Vermögensschäden handeln wird. Auch für eine Anwendbarkeit von § 824 BGB sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Allgemein zum Inhalt der Subsidiarität BGH v. 23.10.79, NJW 80, S. 882; MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 487. Nach BGH v. 16.6.77, AP Nr. 53 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" unter II. 4. b, soll im Verhältnis zu § 826 BGB keine Subsidiarität des Rechts am Unternehmen bestehen.

85 Zum Begriff des Gewerbebetriebs BGH v. 9.12.58, BGHZ 29, S. 70. Diese Vor. wird in vielen Fällen erfüllt sein, insbes. wenn zwischen unmittelbar kampfbetroffenen AG/Unternehmern u. Endverbrauchern noch weitere Instanzen im Produktionsprozeß zwischengeschaltet sind.

können somit generell keine Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB begründet geltend machen.[86] Auch insoweit ist die hier oben vorgeschlagene u. vertretene Erweiterung des Kreises der potentiellen Anspruchssteller m.E. also nicht nur von theoretischer Bedeutung.

Betriebsbezogenheit des Eingriffs in das Unternehmen: Diese Vor. ist nicht nur das hier entscheidende, sondern wohl auch das umstrittenste Kriterium des Rechts am Unternehmen.[87] Der Begriff "Betriebsbezogenheit" wird heute anstelle des früher vorwiegend herangezogenen Terminus "Unmittelbarkeit des Eingriffs" verwendet.[88] Darunter sind solche Eingriffe zu verstehen, die sich gegen einen Betrieb als solchen, nicht lediglich gegen davon ohne weiteres ablösbare Rechte u. Rechtsgüter richten.[89] Sinn u. Zweck des Kriteriums der Betriebsbezogenheit werden darin gesehen, nur unmittelbar, nicht auch lediglich mit-

---

86 Dies ist im hier zu behandelnden Zusammenhang v.a. für Endverbraucher bedeutsam. Ferner zählen etwa die Angehörigen der sog. freien Berufe zu diesem Personenkreis, vgl. etwa Erman/Drees, BGB, § 823, Rdnr. 36; MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 490 mit Rechtsprechungshinweisen in Fn. 839; Schirdewahn, AR-Blattei, D, Arbeitgeber I, unter A. II. 4.

87 Dies beruht wohl primär darauf, daß die Rechtsprechung, die dieses Kriterium soweit ersichtlich seit RG v. 17.1.40, RGZ 163, S. 32 verwendet, bislang keine hinreichend präzise Begriffsklärung herbeigeführt hat, vgl. dazu im einzelnen MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 493 (mit Beispielen zur nicht immer nachvollziehbaren Subsumtion unter diesen Begriff). Vgl. auch Kötz, Deliktsrecht, S. 49 (Unmittelbarkeit als "eine leere Worthülse, deren Aussagekraft gleich Null ist").

88 Zur inhaltlichen Übereinstimmung beider Termini BGH v. 23.10.79, NJW 80, S. 882; MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 494. Kötz wie Fn. 87 weist zutr. darauf hin, daß durch den Wechsel in der Terminologie keine begriffliche Präzisierung eingetreten ist. Zum Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs als Vor. für den Rückgriff auf das Recht am Unternehmen etwa BGH v. 9.12.58, BGHZ 29, S. 70; BGH v. 4.2.64, BGHZ 41, S. 127.

89 Vgl. z.B. BGH v. 9.12.58, BGHZ 29, S. 74; BGH v. 31.1.66, NJW 66, S. 1121 (Beispiele); BGH v. 16.6.77, AP Nr. 53 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 4. b, d.G.; Brox, JA 81, S. 76. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des RG werden dabei nicht nur der Bestand des Unternehmens, sondern auch solche Betätigungsformen, die für ihn typisch sind, geschützt, vgl. BGH v. 9.12.58, BGHZ 29, S. 70; BGH v. 31.1.66, NJW 66, S. 1121; vgl. auch Weireter, Sozialadäquanz, S. 14.

telbar Geschädigten Ersatzansprüche zu gewähren.[90] Andernfalls bestünde die Gefahr, daß nicht nur das System der deliktischen Haftung[91], sondern u.U. das gesamte Schadensersatzrecht aus den Angeln gehoben wird, da dort bislang insbes. an dem Grundsatz, daß nur unmittelbar Geschädigten Schadensersatzansprüche zustehen sollen, festgehalten wird.[92] Von diesem Grundsatz werden insgesamt nur wenige Ausnahmen anerkannt.[93]

Wendet man diese Grundlagen auf die hier im Blickpunkt stehenden negativen Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen auf kampfunbeteiligte Dritte an, so müssen m.E. folgende Konsequenzen gezogen werden. Da sowohl Streiks als auch Aussperrungen - jedenfalls bei längerer Dauer - regelmäßig dazu führen, daß der betriebliche Produktionsprozeß zumindest vorübergehend behindert oder unterbrochen wird, kann von einer Beeinträchtigung der unternehmerischen Tätigkeit ausgegangen werden, die den objektiven Tatbestand einer Verletzung des Rechts am Unternehmen erfüllt.[94]

---

90 Vgl. etwa Kötz wie Fn. 87. Zu einzelnen Fällen nur mittelbarer Eingriffe die Hinweise bei MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 493 m.w.N.

91 So BGH v. 19.6.52, BGHZ 7, S. 36; zust. Erman/Drees, BGB, § 823, Rdnr. 40.

92 Vgl. z.B. Fikentscher, Schuldrecht, S. 262 f.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 425 f.; MünchKomm/Grunsky, Vor § 249, Rdnr. 113.

93 Vgl. etwa Lange, Handbuch des Schuldrechts Bd. 1, S. 278 ff. Neben den hier nicht relevanten gesetzlichen Erweiterungen des Kreises der Ersatzberechtigten fällt insbes. der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte sowie die sog. DSL unter diese Ausnahmen; dazu gleich näher unten 3. Kap. (§ 1, II. bzw. § 2, I.).

94 Die wirtschaftliche Betätigung u. Entfaltung zählt neben dem Bestand des Unternehmens zum grundsätzlich anerkannten Schutzbereich des Rechts am Unternehmen, vgl. nur MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 488. Es kann daher nicht überraschen, wenn das BAG davon ausgeht, daß dieses Recht im Grundsatz durch Streiks tangiert werden kann, vgl. BAG v. 4.5.55, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 1 R.; BAG v. 20.12.63, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. III. 1. d.G.; BAG v. 21.3.78, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. d.G.; ebenso etwa Hueck, FS für Herschel 1955, S. 35 mit weiteren Hinweisen in Fn. 15; Lieb, Arbeitsrecht, S. 140 f. Das BAG weist in diesem Zusammenhang m.E. zutr. darauf hin, daß es unerheblich sei, ob der jeweilige Eingriff durch die AN des Betriebes selbst oder auf Veranlassung der Gewerkschaften erfolge. Die dagegen z.B. von Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S.

Wegen des Erfordernisses der Betriebsbezogenheit gilt dies aber nur dann, wenn sich Arbeitskämpfe unmittelbar gegen Unternehmen bzw. genauer gegen Unternehmer richten.[95] Dieser Zusammenhang besteht aber gerade nicht im Verhältnis zu kampfunbeteiligten Dritten, da sich Arbeitskampfmaßnahmen immer primär gegen den jeweiligen sozialen Gegenspieler als Kampfgegner richten.[96] Diese sind aber Kampfbeteiligte u. - soweit es sich um AG/Unternehmer handelt - unmittelbar Kampfbetroffene.[97] Bereits hier wird deutlich, daß Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter aus § 823 Abs. 1 BGB de lege lata nicht begründet sein können.[98]

Diese Rechtslage ist aber unbefriedigend und daher m.E. diskussionsbedürftig. Ansatzpunkte sind v.a. die von den sozialen Gegenspielern, insbes. von den Gewerkschaften praktizierten Kampfstrategien. Namentlich bei Betrachtung der in der jüngeren Vergangenheit zur Durchsetzung tariflicher Forderungen geführten Arbeitskämpfe wird deutlich, daß die Gewerkschaften immer häufiger Konzepte planen u. anwenden, die mit einem Minimum an eigenen Nachteilen ein Maximum an Druckausübung ermöglichen. Charakteristisch hierfür sind insbes. Schwerpunktstreiks sowie die "Neue Beweglichkeit".[99]

---

201 vorgetragenen Bedenken in bezug auf die Streikteilnahme von AN überzeugen schon deshalb nicht, weil dort Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2, 826 BGB als begründet angesehen werden, wodurch aber ein Schutz des Unternehmens im erforderlichen Umfang gerade nicht erreicht werden kann.

95 Es sei an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, daß die Ermittlung einer unmittelbaren Einwirkung i.S.d. Betriebsbezogenheit in praxi nicht immer einfach sein wird, vgl. etwa Erman/Drees, BGB, § 823, Rdnr. 40. Zur Schwierigkeit der Abgrenzung von unmittelbaren u. mittelbaren Eingriffen auch BGH v. 9.12.58, BGHZ 29, S. 71 f.

96 Vgl. Lieb wie Fn. 94; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 241.

97 Zum Inhalt dieses Begriffs bereits oben § 1 (S. 62 f.).

98 Dieses auch von Schlüter wie Fn. 96 gewonnene Ergebnis ist daher folgerichtig u. auf der Grundlage des geltenden Rechts zumindest gut vertretbar.

99 Zu den Kennzeichen sowie zur rechtlichen Beurteilung dieser Arbeitskampfformen näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (1.) u. (2.). Vgl. auch den Hinweis von Lieb, Arbeitsrecht, S. 153 auf diese Tendenzen in der Kampftaktik der Gewerkschaften.

Die Wirkung speziell dieser beiden Kampfstrategien beruht v.a. darauf, daß ihre mittelbaren Auswirkungen von vornherein bewußt eingeplant werden.[100] Wenn wie z.B. im Metallarbeitskampf der Tarifrunde 1984 nur wenige ausgewählte Zulieferbetriebe der Automobilindustrie bestreikt u. damit unmittelbar betroffen werden[101], so ist der dadurch erzeugte Druck auf den sozialen Gegenspieler auf den ersten Blick relativ gering, da es sich bei den Zulieferern i.d.R. um kleinere Betriebe mit entsprechend wenigen AN handelt. Berücksichtigt man aber, daß auf diesem Weg im konkreten Beispiel ein großer Teil der inländischen Automobilindustrie, deren einzelnen Betriebe mittelbar kampfbetroffen waren, innerhalb von nur wenigen Tagen ihre Produktion reduzieren bzw. einstellen mußte, dann wird die tatsächliche Dimension des ausgeübten Druckes deutlich.[102] Für die Betriebe der Automobilindustrie stellten sich im Ergebnis derartige Streiks unzweifelhaft als Eingriff in das Recht am Unternehmen dar, da der Produktionsprozeß aufgrund eines von außen einwirkenden Ereignisses behindert wurde. Geht man weiter davon aus, daß bei dieser Konstellation weder zu allen bestreikten Zulieferbetrieben unmittelbare schuldvertragliche[103] noch zu der den Streik führenden Gewerkschaft tarifvertragliche Beziehungen bestehen[104,105], dann würden nach geltendem Recht den mittel-

---

100 M.a.W. wollen die Gewerkschaften mit einem Minimum an eigenen Nachteilen (insbes. Schonung ihrer Streikkassen) ein Maximum an Wirkung (durch Schädigung ihres Gegenspielers) erzielen; zur Schädigung würden auch privatrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter gegen ihre unmittelbar kampfbetroffenen Vertragspartner beitragen.

101 Vgl. dazu die Hinweise bei Richardi, JuS 84, S. 825.

102 Dies kommt bereits in den publizierten Angaben über den Umfang des durch Produktionsausfall entstandenen Schadens zum Ausdruck; dieser soll sich in der Metallindustrie auf DM 560 Mio. täglich belaufen haben, vgl. z.B. FAZ v. 30.6.84, Nr. 141, S. 1. Ein Streik lediglich in den Zulieferbetrieben hätte c.p. ein solches Schadensvolumen nicht herbeiführen können.

103 Dies gilt jedenfalls dann, wenn zwischen bestreikten Zulieferern u. Automobilherstellern noch mindestens eine weitere Stufe im arbeitsteiligen Produktionsprozeß zwischengeschaltet ist.

104 Dieser Fall liegt z.B. dann vor, wenn die Zulieferer einem anderen Wirtschaftszweig angehören als die kampfunbeteiligten aber geschädigten Abnehmer.

105 Zur grundsätzlichen Bedeutung von Ansprüchen kampfunbeteiligter Dritter aus dem Gesichtspunkt arbeitskampfbedingter Verletzungen tarifvertraglicher Pflichten gleich näher unten 3. Kap., § 1, II.

bar Betroffenen in solchen wie den gerade beispielhaft herausgegriffenen Fällen von vornherein keine Schadensersatzansprüche zustehen; dies würde selbst dann gelten müssen, wenn die konkreten Arbeitskämpfe etwa rechtswidrig wären. Wird weiter berücksichtigt, daß die denkmöglichen arbeitskampfrechtlichen u./oder arbeitsvertraglichen Gegenmaßnahmen der Betroffenen z.T. rechtlich problematisch, z.T. in ihrer Wirkung umstr. sind[106], so wird man m.E. die haftungsrechtliche Situation mittelbar Kampfbetroffener nochmals durchdenken müssen.

Ein möglicher Schritt zur Beseitigung der sich für die Betroffenen u.U. ergebenden unbilligen Lage könnte darin bestehen, daß man die bisher sehr restriktive Handhabung des Kriteriums der Betriebsbezogenheit in den Fällen der mittelbaren Folgewirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen zumindest teilweise aufgibt.[107] Für diese Lösung spricht zunächst, daß - im Gegensatz etwa zu wettbewerbsrechtlichen Eingriffen[108] - andere deliktische Anspruchsgrundlagen als § 823 Abs. 1 BGB von vornherein nicht einschlägig sind.[109]

---

106 Dies gilt v.a. im Hinblick auf Abwehraussperrungen - zu ihrer Zulässigkeit unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (1.) - sowie für das Problem der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung (dazu noch unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, aa, bbb,), die jeweils an strenge Vor. gebunden sind u. zudem eingetretene Schäden i.d.R. nicht vollständig zu kompensieren vermögen.

107 Dieser Ansatzpunkt bietet sich m.E. insbes. deshalb an, weil die Abgrenzung von unmittelbaren u. mittelbaren Eingriffen ohnehin nicht zuverlässig u. sauber durchgeführt werden kann, vgl. dazu bereits den Hinweis auf BGH v. 9.12.58 in Fn. 95.

108 Zu nicht unter § 823 Abs. 1 BGB fallenden verschiedenen Formen von Eingriffen zu Wettbewerbszwecken u. deren rechtlicher Behandlung die Hinweise bei MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 500 u. 502.

109 Wie bereits oben (unter 1. u. 2., S. 76 ff.) erör[illegible]le, greifen §§ 823 Abs. 2, 826 BGB nicht zugunsten der potentiellen Anspruchssteller ein.

Wichtiger dürfte indes aber wohl ein anderer Gesichtspunkt sein. Der BGH[110] hat im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung einer streikähnlichen Aktion von Fluglotsen im Jahr 1973 auch kampfunbeteiligte Dritte im hier verstandenen Sinne in den Schutzbereich des Rechts am Unternehmen einbezogen. Konkret wurden im Flugreisegeschäft tätigen Reiseunternehmen, die aufgrund dieser streikähnlichen Aktion vermögenswerte Nachteile erlitten hatten, Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB zugesprochen.[111] Diese Reiseunternehmen waren deshalb lediglich kampfunbeteiligte Dritte, da als Kampfgegner der Fluglotsen nur ihr Dienstherr, die BRD, in Betracht kommen konnte.[112]

Der BGH hat zwar bei dieser Einbeziehung kampfunbeteiligter Dritter in den Schutzbereich des Rechts am Unternehmen auf im Vergleich zur "normalen" Kampfkonstellation bei Arbeitskampfmaßnahmen bestehende Besonderheiten abgestellt.[113] Gleichwohl kann daraus m.E. nicht gefolgert werden, daß eine Erweiterung des Schutzbereiches zugunsten Dritter außerhalb des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts grundsätzlich ausgeschlossen ist. BUCHNER hat zutr. darauf hingewiesen, daß einerseits zwar Unterschiede in den Ausgangssituationen bei den streikähnlichen Aktionen der Fluglotsen und etwa Streiks in der Automobilindustrie bestünden, daß aber andererseits die Adressaten der Druckausübung u. der Kreis der Geschädigten in beiden Fällen nicht identisch seien.[114]

---

110 Sog. Flugleiterfall, vgl. BGH v. 16.6.77, AP Nr. 53 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf".

111 Vgl. BGH wie Fn. 110, Lts. 2. sowie unter II. 4. c, u. III. d.G.

112 Zur Dienstherreigenschaft der BRD für die Fluglotsen u. den sich daraus im Hinblick auf Art. 34 GG ergebenden Konsequenzen BGH wie Fn. 110, unter I. 2. u. 3. d.G.

113 Die wesentliche Besonderheit soll darin bestanden haben, daß sich die Aktionen der Fluglotsen unmittelbar gegen die wirtschaftliche Organisation von Dritten richteten, deren Tätigkeit mit der Amtstätigkeit der Fluglotsen funktionell eng verknüpft war u. die die Forderungen der Fluglotsen gar nicht erfüllen konnten, vgl. BGH wie Fn. 110, unter II. 4. c, d.G.

114 Vgl. Buchner, DB 79, S. 1071 f.

Daraus wird m.E. folgerichtig abgeleitet, daß aus den angeblich bestehenden Unterschieden eine Ablehnung der Erstreckung des Schutzbereiches des Rechts am Unternehmen auf kampfunbeteiligte Dritte generell nicht begründet werden könne. Dieser Problemkreis müsse aber als eine wesentliche Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung näher untersucht u. dürfe nicht über einen angeblich vorliegenden Sonderfall begründet werden.[115]

Folgt man der hier vertretenen teilweisen Erweiterung des Begriffs der Betriebsbezogenheit[116] auf mittelbar kampfbetroffene Unternehmer erster Stufe[117], taucht allerdings nun eine weiteres Problem auf. Bei Zugrundelegung der h.M. kann eine Verletzung des Rechts am Unternehmen nur durch Streiks erfolgen.[118] Demgegenüber sind von Aussperrungen unmittelbar immer nur diejenigen AN betroffen, die aufgrund dieser Maßnahme ihre Arbeitsleistung nicht erbringen können.[119] Die AN sind in dieser Eigenschaft aber keine Unternehmer, so daß insoweit § 823

---

115 Vgl. Buchner wie Fn. 114, S. 1072.

116 Ob diese Erweiterung des Schutzbereiches des Rechts am Unternehmen auch außerhalb von arbeitskampfbedingten Eingriffen bzw. Folgen Geltung beanspruchen kann, braucht hier nicht erörtert zu werden.

117 Mittelbare Kampfbetroffenheit erster Stufe umfaßt jene Gruppe von kampfunbeteiligten Dritten, die im arbeitsteiligen Produktionsprozeß den unmittelbar kampfbetroffenen Personen vor- bzw. nachgelagert sind (vgl. das oben als Beispiel behandelte Verhältnis von Automobilherstellern u. ihren Zulieferern, die deren Schuldvertragspartner sind). Eine Aufgabe auch der Beschränkung auf mittelbar kampfbetroffene Unternehmer erster Stufe kann m.E. aus dem Flugleiterfall nicht abgeleitet werden; sie würde auch die Grundlagen der Struktur des Rechts am Unternehmen erschüttern, da man wohl das Kriterium "Betriebsbezogenheit" dann völlig aufgeben müßte.

118 Vgl. etwa Adams, Streik, S. 61 f.; Bulla, RdA 62, S. 9. Dies beruht darauf, daß potentielle Anspruchsgegner nur Unternehmer sein können, denen - in ihrer Eigenschaft als AG - die AN die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung verweigern.

119 Das ergibt sich notwendig aus den Kennzeichen dieser Arbeitskampfmaßnahme, dazu noch unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc,.

Abs. 1 BGB nicht zur Anwendung kommen kann.[120] Dies gilt auch für die Gewerkschaften, da diese im Arbeitskampf nicht in ihrer denkmöglichen Rolle als Unternehmer, sondern als sozialer Gegenspieler beteiligt sind. Darüberhinaus können sie m.E. nur insoweit als mittelbar Kampfbetroffene angesehen werden[121], als sie ausgesperrten AN, sofern sie Gewerkschaftsmitglieder sind, freiwillig finanzielle Unterstützungen zu ihren Lasten gewähren.[122]

Will man der Auslegung des Begriffs "Betriebsbezogenheit" durch die h.M. nicht folgen, so müssen m.E. auch die mittelbaren Auswirkungen von Aussperrungen bei kampfunbeteiligten Unternehmern erster Stufe die Rechtsfolgen von § 823 Abs. 1 BGB auslösen können. Dies findet seine Begründung darin, daß auch durch dieses Arbeitskampfmittel kampfunbeteiligte Dritte in Mitleidenschaft gezogen werden können.[123]

---

120 Eine andere, hier nicht näher interessierende Frage ist, ob zu den durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten sonstigen Rechten nicht auch ein Recht am Arbeitsplatz zu zählen ist, vgl. dazu etwa Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 219; Loritz, ZfA 82, S. 81 m.w.N. in Fn. 29; Schaub, Handbuch, S. 665 m.w.N. zum Streitstand in Fn. 5. Dieses Recht wäre dann tangiert, wenn AN durch (rechtswidrige) Aussperrungen an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert werden, so konsequent Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 86; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 207 f. (allerdings unter Beschränkung auf rechtswidrige Eingriffe durch Dritte wie z.B. AG-Verbände).

121 Zwischen unmittelbarer u. mittelbarer Kampfbetroffenheit einerseits (dazu bereits oben § 1, S. 62 f.) u. der Eigenschaft als potentieller Kampfgegner andererseits ist zu differenzieren. Kampfgegner bei rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen können wegen § 2 TVG nur tariffähige Parteien sein. Bei rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen ist es denkbar, daß eine Mehrzahl von AN Kampfgegner der AG ist, wie das Beispiel des wilden Streiks zeigt.

122 Diese in den einzelnen Gewerkschaftssatzungen näher geregelten Streikunterstützungen treten an die Stelle der infolge eines Arbeitskampfes weggefallenen Vergütungsansprüche einzelner AN, vgl. z.B. BFH v. 30.10.70, AP Nr. 42 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. d.G. Zum Ganzen näher Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 211 f. mit Hinweisen auf einzelne Satzungsbestimmungen in Fn. 14 ff.

123 Häufig wird es zudem gar nicht möglich sein festzustellen, worauf beim Zusammentreffen von Streiks u. Aussperrungen die einzelnen eingetretenen Schäden zurückzuführen sind, so zutr. Strempel, Leistungsstörungen, S. 39.

Es wäre eine nicht begründbare Besserstellung u. würde zu einem noch unvollständigeren deliktischen Schutz kampfunbeteiligter Dritter führen, wenn im Falle eines Streiks Dritten gegenüber Schadensersatzansprüche - u.a. auch zu Lasten der unmittelbar bestreikten AG/Unternehmer - entstehen[124], während dann, wenn etwa ders. AG/Unternehmer aussperrt u. damit im Arbeitskampf eine ungleich aktivere Rolle als z.B. bei einem bloßen Durchstehen eines Streiks spielt, seine Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 1 BGB aus dogmatischen Gründen abgelehnt werden müßte. Diese Bedenken würden auch dann bestehen, wenn z.B. ein AG-Verband eine Aussperrung beschließt u. dadurch AG/Unternehmer, die nicht Mitglied dieses Verbandes sind, geschädigt werden.[125] Diese wären i.d.R. völlig rechtlos gestellt, da es selbst bei Bestehen schuldvertraglicher Beziehungen zu mindestens einem Mitglied dieses Verbandes schwer sein wird, derartige Ansprüche zu realisieren. Häufig wird es nämlich am notwendigen Verschulden des Vertragspartners fehlen.[126]

Die hier vertretene Auffassung steht im übrigen mit der seit einiger Zeit auch vom BAG vertretenen Meinung im Einklang, wonach bei der Verteilung des arbeitskampfbedingten außerbetrieblichen Lohnrisikos die früher behauptete Diff. zwischen Streiks u. Aussperrungen nunmehr ausdrücklich abgelehnt wird.[127]

---

124 Solche Ansprüche könnten sich insbes. aus § 831 Abs. 1 i.V.m. 823 Abs. 1 BGB ergeben; zur grundsätzlichen Begründetheit gleich näher unter 4.

125 Zu möglichen Ansprüchen der einzelnen Verbandsmitglieder gegen ihren Verband in solchen Fällen näher in anderem Zusammenhang (unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, bb, bbb, bbbb,).

126 Wie bereits oben (unter I., S. 71) klargestellt wurde, kommt eine Zurechnung eines Fehlverhaltens des Verbandes über § 278 BGB grundsätzlich nicht in Betracht. Ferner wird auch § 276 Abs. 1 BGB nur ausnahmsweise eingreifen können, da die Einflußmöglichkeiten eines einzelnen Verbandsmitglieds auf die Willensbildung des Verbandes i.d.R. nur beschränkt sein werden, so daß ein Schuldvorwurf entfallen muß, wenn ein Einwirkungsversuch nicht zum Erfolg führt (z.B. weil sich eine Mehrheit der Verbandsmitglieder für eine andere Alt. entschieden hat).

127 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter C. I. 2. d.G. Zu diesem Problemkreis u. seinen Parallelen zur hier zu behandelnden privatrechtlichen Haftung ausf. unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., d,.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß entgegen der h.M. grundsätzlich auch nur mittelbare Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen zu einem Eingriff in das Recht am Unternehmen führen können. Daraus folgt, daß kampfunbeteiligte Dritte dann Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB geltend machen können, wenn sie Unternehmer sind u. zum Kreis der mittelbar Kampfbetroffenen erster Stufe[128] zählen. Potentielle Anspruchsgegner sind neben ihren Vertragspartnern auch die kampfführenden Verbände, deren Mitglieder sowie einzelne kämpfende AN u. AG, denen die Verbandszugehörigkeit fehlt.[129] Die Begründetheit solcher deliktischer Ansprüche hängt davon ab, ob der Eingriff in das Recht am Unternehmen im konkreten Einzelfall auch rechtswidrig u. schuldhaft ist[130], was aber nicht generell von vornherein ausgeschlossen werden kann.

4. § 831 BGB

Vom Standpunkt der h.M. aus wäre eine nähere Beschäftigung mit § 831 BGB überflüssig. Da bereits keine tatbestandsmäßige unerlaubte Handlung vorliegt, könnte § 831 BGB danach zugunsten kampfunbeteiligter Dritter nicht eingreifen, weil somit eine wesentliche Vor. des objektiven Tatbestandes dieser Norm fehlen würde.[131]

Folgt man demgegenüber der hier eben entwickelten Konzeption[132], können sich zugunsten kampfunbeteiligter Dritter auch Ansprüche aus § 831 i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Dies wird v.a. dann bedeutsam,

---

128 Zum Begriffsinhalt oben Fn. 117.

129 Welche Anspruchsgegner konkret in Betracht kommen, wird insbes. von den jeweiligen Arbeitskampfformen abhängen, da auf beiden Seiten der sozialen Gegenspieler verschiedene Konstellationen im Hinblick auf die sich konkret gegenüberstehenden Gegner denkmöglich sind.

130 Auf nähere Erwägungen zur Rechtswidrigkeit bzw. zum Verschulden kann an dieser Stelle verzichtet werden. Dieser Aspekt ist erst im Rahmen von möglichen Auswirkungen arbeitskampfrechtlicher Wertungen auf das schuldrechtliche Haftungssystem aufzugreifen, dazu ausf. unten 4. Teil.

131 Vgl. etwa Erman/Drees, BGB, § 831, Rdnr. 31; Fikentscher, Schuldrecht, S. 674; MünchKomm/Mertens, BGB, § 831, Rdnr. 52.

132 Oben unter 3. (S. 82 ff.).

wenn die Anspruchssteller im Falle eines Streiks nicht gegen die streikenden AN u./oder die zuständige Gewerkschaft, sondern gegen den jeweiligen AG/Unternehmer vorgehen wollen bzw. müssen.[133] Im Hinblick auf die mögliche Anwendbarkeit von § 831 BGB sind allerdings zwei Vor. problematisch; die Verrichtungsgehilfeneigenschaft streikender AN sowie das Tätigwerden dieser Personen in Ausführung der Verrichtung.

Als Verrichtungsgehilfe gilt, wem eine Tätigkeit von einem anderen, von dessen Weisungen er mehr oder weniger abhängig ist, übertragen wurde. Hierfür wird es als ausreichend angesehen, wenn der Geschäftsherr die Tätigkeit des anderen jederzeit beschränken, entziehen oder näher bestimmen kann; eine ins einzelne gehende Weisungsgebundenheit ist also nicht erforderlich.[134] Daraus folgt, daß selbständige Unternehmer keine Verrichtungsgehilfen sind, da sie insbes. Zeit u. Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmen können.[135]

Für den im Falle von Streiks hier allein relevanten Personenkreis der AN gilt, daß diese grundsätzlich dem Weisungsrecht ihres AG unterliegen.[136] Dieses Gestaltungsrecht[137] hat seine Grundlage i.d.R. im

---

133 Dieser Fall wird insbes. dann eintreten, wenn jene die Forderung etwa aufgrund von Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllen können, vgl. dazu etwa das Beispiel bei Kötz, Deliktsrecht, S. 124; auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 672 f. Es entspricht der ratio des § 831 BGB, daß der in Anspruch genommene AG dann für das Handeln der streikenden AN einzustehen hat; zum Anwendungsbereich dieser Norm allgemein MünchKomm/Mertens, BGB, § 831, Rdnr. 5.

134 Vgl. statt vieler BGH v. 30.3.66, BGHZ 45, S. 313; Erman/Drees, BGB, § 831, Rdnr. 18; Kötz wie Fn. 133, S. 125; grundsätzlich auch Buchner/Roth, Unerlaubte Handlungen, S. 124; Fikentscher wie Fn. 133, S. 676.

135 Vgl. dazu die Beispiele bei Fikentscher wie Fn. 133, S. 676; Kötz wie Fn. 133, S. 126.

136 AN werden üblicherweise als Lehrbeispiel für Verrichtungsgehilfen angesehen, vgl. z.B. Erman/Drees, BGB, § 831, Rdnr. 24; Kötz wie Fn. 133, S. 125.

137 Zu dieser rechtlichen Qualifikation des Weisungsrechts des AG Birk, AR-Blattei, D, Direktionsrecht I, unter B. II. 1. m.w.N.; Schaub, Handbuch. S. 203 (am Beispiel der Versetzung); Söllner, Arbeitsrecht, S. 247; Soergel/Kraft, BGB, § 611, Rdnr. 38; krit. Bötticher, AuR 67, S. 325 f.

regelmäßig zwischen AN u. AG bestehenden Arbeitsvertrag.[138] Es dient v.a. dazu, die dort nur grob umrissene Pflicht zur Arbeitsleistung näher zu konkretisieren.[139] Die Verrichtungsgehilfeneigenschaft trifft auch auf AN zu, die wie z.B. Abteilungsleiter, Prokuristen u. leitende Angestellte organisatorisch in der oberen Ebene der betrieblichen Hierarchie angesiedelt u. daher tendenziell weniger weisungsgebunden sind.[140]

Demgegenüber sind streikende AN keine Verrichtungsgehilfen der Gewerkschaften.[141] Selbst im Falle eines Mitgliedschaftsverhältnisses fehlt es an einem Weisungsrecht bezüglich der Teilnahme am Streik. Wie noch zu zeigen sein wird, steht das Recht zum Streik nämlich allein den AN selbst, nicht aber unmittelbar den Gewerkschaften zu[142], so daß von einer Bestellung zu einer Verrichtung von vornherein keine Rede sein kann.[143]

---

138 H.M., vgl. z.B. Böttticher wie Fn. 137, S. 322; Söllner wie Fn. 137; Soergel/Kraft wie Fn. 137; a.A. Birk wie Fn. 137, unter B. I., der das Richterrecht als Grundlage des Weisungsrechts ansehen will.

139 Zutr. Söllner wie Fn. 137; Soergel/Kraft wie Fn. 137.

140 Vgl. etwa Erman/Drees, BGB, § 831, Rdnr. 24; MünchKomm/Mertens, BGB, § 831, Rdnr. 29. An diesen Beispielen wird deutlich, daß das Kriterium "Weisungsgebundenheit" sehr flexibel gehandhabt werden muß.

141 Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn einzelne AN von den Gewerkschaften mit konkreten Tätigkeiten wie z.B. als Streikposten betraut werden. Zur Haftung der Gewerkschaften aus § 831 BGB in solchen Fällen etwa Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 223; Söllner, Arbeitsrecht, S. 100.

142 Zum Verhältnis von individuellen u. kollektiven Gewährleistungen im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ausf. unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., c, bb,.

143 Die von Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 294 vertretene gegenteilige Auffassung läßt sich m.E. bei einem mit Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG in Einklang stehenden Verständnis des Rechts zum Streik nicht halten. Daran vermögen die von Schlüter aufgeführten, in einzelnen Satzungsbestimmungen angedrohten Sanktionen nichts zu ändern, da sie - wie noch zu zeigen sein wird zu Unrecht - erkennbar davon ausgehen, daß das Recht zum Streik nur den Gewerkschaften zusteht.

Verrichtungsgehilfen handeln dann in Ausübung der Verrichtung u. nicht lediglich bei Gelegenheit, wenn zwischen aufgetragener Verrichtung u. schädigender Handlung ein innerer sachlicher Zusammenhang besteht.[144] Davon kann dann ausgegangen werden, wenn die zum Eintritt eines Schadens führende Handlung durch zum Zweck der Ausübung der Verrichtung getroffene Maßnahmen veranlaßt wurde.[145]

Zu den AN i.d.R. aufgetragenen Verrichtungen zählen die arbeitsvertraglich geschuldeten, durch das Weisungsrecht spezifizierten Tätigkeiten. Für im Produktionsbereich tätige AN ist insoweit alles von Bedeutung, was zur Herstellung der von ihrem AG/Unternehmer Dritten gegenüber geschuldeten Leistungen dient.[146] Fraglich könnte allenfalls sein, ob dazu nur Handlungen in Form positiven Tuns oder auch Unterlassungen zu zählen sind. Diese Frage hat deshalb Bedeutung, weil Teilnahme an einem Streik bedeutet, daß die AN die Erbringung ihrer geschuldeten Arbeitsleistung unterlassen. Soweit ersichtlich ist diese Frage bisher dahingehend beantwortet worden, daß auch die Arbeitsniederlegung im Rahmen eines Streiks noch zum Kreis der den AN in Ausübung der Verrichtung aufgetragenen Maßnahmen gehört.[147] Dieser Auffassung ist m.E. zuzustimmen. Dafür spricht zunächst, daß die Pflicht zur Arbeitsleistung ganz allgemein nicht nur Handlungen in Form positiven Tuns umfaßt.[148]

---

144 Vgl. BGH v. 4.11.53, BGHZ 11, S. 152 f.; BGH v. 30.10.67, BGHZ 49, S. 23 (enger, objektiver Zusammenhang); BGH v. 6.10.70, NJW 71, S. 31 (Beispiel); Kötz, Deliktsrecht, S. 127; MünchKomm/Mertens, BGB, § 831, Rdnr. 44.

145 Vgl. Erman/Drees, BGB, § 831, Rdnr. 26; Kötz wie Fn. 144. Es ist also nicht Vor., daß die konkrete zum Schaden führende Handlung aufgetragen wurde.

146 Es gelten insoweit die Ausführungen zu § 278 BGB (oben unter I., S. 73) entsprechend, da AN sowohl Erfüllungs- als auch Verrichtungsgehilfen ihres AG sind.

147 Vgl. Dohnau, Lieferverträge, S. 39 f.; Edelmann, Haftung, S. 57.

148 Es sei in diesem Zusammenhang nur darauf hingewiesen, daß zur Erbringung der Arbeitsleistung auch Phasen der sog. Arbeitsbereitschaft zählen; zur Terminologie z.B. Schaub, Handbuch, S. 190 f.; zur rechtlichen Bewertung etwa Farthmann, AR-Blattei, D, Arbeitszeit I B, unter C. III. Während solcher Phasen nehmen die jeweiligen AN gerade nicht aktiv am betrieblichen Produktionsprozeß teil u. erbringen gleichwohl Arbeitsleistung.

Weiterhin ist zu bedenken, daß Streik im hier zu behandelnden Zusammenhang nichts anderes bedeutet, als daß die streikenden AN die zur Verrichtung zu zählenden Maßnahmen gerade nicht durchführen; es wäre daher lebensfremd u. der Rechtssicherheit in hohem Maße abträglich, wollte man dennoch etwa danach differenzieren, ob die AN im Zeitpunkt der Arbeitsniederlegung bereits mit der Herstellung einer bestimmten Leistung begonnen haben.[149]

Wenn nunmehr festgestellt werden kann, daß kampfunbeteiligte Dritte bei streikbedingten Eingriffen in das Recht am Unternehmen auch aus § 831 i.V.m. 823 Abs. 1 BGB gegen die die streikenden AN beschäftigenden AG vorgehen können[150], so bedarf diese grundsätzliche Möglichkeit doch gleich wieder einer wichtigen Einschränkung. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB sieht zugunsten der Geschäftsherrn - hier der AG/Unternehmer - die Möglichkeit vor, durch Führung eines Entlastungsbeweises[151] die Haftung zu vermeiden.[152] Dieser Beweis kann trotz der hohen Anforderungen, die an sein Gelingen gestellt werden, häufig mit Erfolg geführt werden.[153] Damit handelt es sich bei dieser zugunsten kampfunbeteiligter Dritter prinzipiell zur Disposition stehenden rechtlichen Vorgehensweise um einen Weg, der im Ergebnis nur selten zum Ziel führen

---

149 Vgl. dazu die oben in Fn. 66 zitierte u. abgelehnte Auffassung von Brendel.

150 Die Haftung aus § 831 BGB steht dabei selbständig neben derjenigen der streikenden AN aus § 823 Abs. 1 BGB, vgl. Fikentscher, Schuldrecht, S. 672; im Ergebnis auch Erman/Drees, BGB, § 831, Rdnr. 3.

151 Der AG/Unternehmer muß dazu darlegen u. ggf. beweisen, daß er bei Auswahl, Ausrüstung u. Leitung seiner Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet hat, der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre oder der Gehilfe mit höchstmöglicher Sorgfalt gehandelt hat, vgl. etwa Buchner/Roth, Unerlaubte Handlungen, S. 125 f.; Kötz, Deliktsrecht, S. 129 ff.; MünchKomm/Mertens, BGB, § 831, Rdnr. 65.

152 Zu den Vor. für den erfolgreichen Entlastungsbeweis im einzelnen etwa Erman/Drees, BGB, § 831, Rdnr. 34 ff. In größeren Betrieben gilt zur Erleichterung des Geschäftsherrn der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis, vgl. z.B. BGH v. 25.10.51, BGHZ 4, S. 2 f.; Buchner/Roth, Unerlaubte Handlungen, S. 125; ausf. MünchKomm/Mertens, BGB, § 831, Rdnr. 67 f.

153 Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, S. 672; Kötz wie Fn. 151, S. 131 f.; a.A. Helm, Haftung, S. 275.

wird.[154] Im Übrigen stehen vertragliche u. deliktische Schadensersatzansprüche, soweit sie sich gegen denselben Anspruchsgegner richten, selbständig nebeneinander.[155]

3. Kapitel: Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter bei Fehlen schuldvertraglicher Beziehungen

In diese Kategorie fallen alle potentiellen Anspruchsgegner, die nicht Partei schuld- bzw. handelsrechtlicher Verträge sind.[156] Diesbezüglich ergeben sich im Hinblick auf die möglichen Ansprüche u. Anspruchsgrundlagen zugunsten kampfunbeteiligter Dritter sowie bezüglich der Begründetheit dieser Ansprüche keine wesentlichen Unterschiede, so daß eine Diff. nach verschiedenen Anspruchsgegnern im folgenden entbehrlich ist.[157]

---

154 Es bestehen allerdings diverse andere Möglichkeiten, unabh. von § 831 BGB auch zu deliktischen Schadensersatzansprüchen gegen den Geschäftsherrn zu kommen, vgl. dazu die Hinweise bei Kötz wie Fn. 151, S. 132 ff.

155 Ganz überwiegend wird diese Konstellation als Anspruchskonkurrenz bezeichnet, vgl. dazu die diesbezüglichen Hinweise bei Eichler, AcP 162, S. 415; Georgiades, Anspruchskonkurrenz, S. 85 m.w.N. in Fn. 28 u. 29; Helm, Haftung, S. 285 m.w.N. in Fn. 359 u. 360. Es ist hier nicht der Ort, näher darauf einzugehen, ob in solchen Fällen der vertragliche den deliktischen Anspruch beeinflußt (sog. einwirkende Anspruchskonkurrenz), oder ob die konkurrierenden Ansprüche völlig selbständig nebeneinander stehen (sog. freie Anspruchskonkurrenz), dazu ausf. Georgiades wie oben, S. 86 ff. u. S. 90 ff.; zu den wichtigen Fragestellungen bei der einwirkenden Anspruchskonkurrenz auch Helm wie oben, S. 286 ff.

Soweit ersichtlich nur vereinzelt wird die Lehre von der sog. Anspruchsgrundlagenkonkurrenz vertreten, deren wesentliches Kennzeichen wohl darin besteht, daß bei gleichzeitigem Vorliegen der Vor. für eine Vertragsverletzung u. eine unerlaubte Handlung nur ein einziger Anspruch bestehen soll, vgl. etwa Arens, AcP 170, S. 393 mit Hinweisen auf einzelne Vertreter dieser Lehre in Fn. 6 (S. 393 f.). Entgegen der Prognose von Eichler, AcP 162, S. 417 f. hat sich diese Sichtweise nicht durchzusetzen vermocht.

156 Im einzelnen nochmals unten nach Fn. 160.

157 Wie hier auch Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 239, der diese Kategorie als Einheit behandelt.

Im Gegensatz zur eben behandelten Fallgruppe kommen nunmehr zugunsten kampfunbeteiligter Dritter aber nicht nur Ansprüche aus eigenem Recht, sondern auch abgeleitete Ansprüche in Betracht.[158]

§ 1: Ansprüche aus eigenem Recht

I. Deliktische Ansprüche

Solche Ansprüche sind wiederum nur unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Rechts am Unternehmen denkmöglich, so daß von den allgemeinen deliktischen Anpruchsgrundlagen wieder nur § 823 Abs. 1 BGB einschlägig ist.[159] Eine nochmalige Diskussion dieses Komplexes ist an dieser Stelle entbehrlich, da nur im Hinblick auf die potentiellen Anspruchsgegner Unterschiede bestehen. Im Gegensatz zum jeweiligen Partner des Schuldvertrages stehen jetzt den kampfunbeteiligten Dritten, soweit es sich um Unternehmer handelt[160], auch Gewerkschaften, AG-Verbände, die einzelnen Mitglieder der sozialen Gegenspieler sowie einzelne AN u. AG, die nicht den kampfführenden Verbänden angehören, gegenüber.

II. Vertragliche Ansprüche

Die Möglichkeit des Bestehens solcher Ansprüche außerhalb von den oben bereits mehrfach erwähnten Vertragsformen des BGB sowie des HGB ist soweit ersichtlich in den bisherigen Untersuchungen zur privatrechtlichen Haftung entweder nicht gesehen, zumindest aber nicht ausdrücklich

---

158 Diese Erweiterung beruht darauf, daß zwischen den jetzt im Mittelpunkt stehenden potentiellen Anspruchsgegnern u. den eben abgehandelten einzelnen AG/Unternehmern in vielen Fällen rechtliche Beziehungen bestehen, die im Hinblick auf privatrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter Bedeutung erlangen können.

159 Zur Begründung für die relativ geringe Relevanz deliktischer Ansprüche schon oben 2. Kap. (S. 76 ff.).

160 Zur Bedeutung dieser Vor. bei der Begründetheit deliktischer Ansprüche oben 2. Kap. (S. 79 f.).

angesprochen worden. Ansatzpunkt für diese denkbare Alt. ist die mögliche Verletzung von TV durch Arbeitskampfmaßnahmen.[161]

Diesem Gedanken könnte zunächst entgegengehalten werden, TV bezögen sich primär nur auf das Verhältnis der TV-Parteien, der sozialen Gegenspieler untereinander[162], was beim rechtmäßigen Arbeitskampf eine Beschränkung auf diese Personen zur Folge haben würde.[163] Dieser Sichtweise ist zwar zuzugeben, daß sie bei vordergründiger Betrachtungsweise naheliegend u. in der bisherigen Praxis zu Recht auch als dominierend angesehen worden ist.[164] Gleichwohl folgt daraus nicht etwa, daß kampfunbeteiligte Dritte generell außerhalb tarifvertraglicher Beziehungen stehen müssen.

Allerdings muß gleich am Anfang eine m.E. wichtige Einschränkung im Hinblick auf die Relevanz tarifvertraglicher Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Dritter gemacht werden. Bestand bislang ein tarifloser Zustand u. hat der zur Schädigung Dritter führende Arbeitskampf den - erstmaligen oder erneuten - Abschluß eines TV zum Ziel, dann kommen tarifvertragliche Ansprüche nicht in Betracht, da es an einer hierfür wesentlichen Vor., dem Vorliegen eines wirksam zustande ge-

---

161 Zu möglichen Auswirkungen von Verletzungen tarifvertraglicher Pflichten auf die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

162 Zu Sinn u. Zweck von TV im Hinblick auf die Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 979; Schaub, Handbuch, S. 1140; Söllner, Arbeitsrecht, S. 86.

163 Zur Begründung sei auf § 2 TVG verwiesen, wonach nur tariffähige Parteien zur Führung von Arbeitskämpfen berechtigt sind, vgl. nur Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 72 m.w.N. in Fn. 19. Bei rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen kommen allerdings als potentielle Gegner der AG-Seite auch Mehrheiten von AN in Betracht, was an dieser Stelle aber nicht näher erörtert werden muß.

164 Überwiegend wird die Verletzung tarifvertraglicher Pflichten unter dem Gesichtspunkt der Haftung der kampfführenden Parteien untereinander behandelt, vgl. etwa Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 218 f. u. S. 225; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 90.

kommenen TV, fehlt.[165]

Liegt die gerade beschriebene Situation nicht vor, könnten tarifvertragliche Ansprüche u.U. aus den Rechtsinstituten des Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB)[166] u./oder des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte[167] abgeleitet werden.

Zur Klärung der Frage, ob es sich bei TV um Verträge zugunsten Dritter handelt, muß wie folgt unterschieden werden. Für den normativen Teil[168] von TV trifft dies nicht zu. Die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen zugunsten der tarifgebundenen AG u. AN beruhen vielmehr auf der normativen Wirkung der einzelnen TV-Bestimmungen selbst; diese wirken unmittelbar u. zwingend auf die unter den Geltungsbereich des jeweiligen TV fallenden Arbeitsverhältnisse ein u. gestalten diese (§ 4 Abs. 1 u. Abs. 2 TVG).[169,170] Für eine Anwendbarkeit der §§ 328

---

165 Zu den einzelnen Vor. für das wirksame Zustandekommen von TV näher Birk, RdA 84, S. 136; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 208 ff.; Nipperdey/Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I B, unter I.1.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 10 ff. Zwingend sind hiernach das Vorliegen eines Vertrages, die Schriftform dieses Vertrages (§ 1 Abs. 2 TVG) sowie die Beteiligung von tariffähigen u. tarifzuständigen Parteien.

166 Zur Qualifikation von TV als Verträge zugunsten Dritter z.B. BAG v. 31.10.58, AP Nr. 2 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", Lts. 3. sowie unter I. 3. d.G.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 87.

167 Zur Qualifikation von TV als Verträge mit Schutzwirkung für Dritte etwa Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 219 u. S. 225; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 705.

168 Der normative Teil von TV enthält jene Regelungen, die abstrakt in §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG aufgeführt werden, dazu ausf. z.B. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 359 ff.; Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag V, unter B. Normative Wirkung bedeutet, daß die Bestimmungen des normativen Teils eines TV auf die seinem Geltungsbereich unterliegenden Arbeitsverhältnisse wie ein Gesetz im materiellen Sinne einwirken, vgl. etwa Hinz, Tarifhoheit, S. 104; Hueck/Richardi, Tarifvertrag VI, unter B. I. u. II.; Schaub, Handbuch, S. 1194 ff. Zur Einordnung der Tarifnormen in die Hierarchie der Rechtsquellen Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 15.

169 Vgl. etwa Bobrowski/Gaul wie Fn. 168, S. 358 u. S. 360 (Rechte u. Pflichten der Arbeitsvertragsparteien aus dem normatven Teil des TV); Buchner wie Fn. 168, unter A. III. Worauf die Befugnis der TV-Parteien zur Setzung von Rechtsnormen beruht, muß an dieser

ff. BGB besteht daneben kein Raum.[171]

Anders ist dagegen die Rechtslage beim schuldrechtlichen Teil von TV.[172] Dieser enthält keine Rechtsnormen, sondern schuldrechtliche Verpflichtungen zwischen den vertragsschließenden Parteien[173], die wegen § 2 TVG immer tariffähige Personen sein müssen.[174] Es handelt sich somit bei isolierter Betrachtung um einen Schuldvertrag i.S.v. § 305 BGB.[175] Bedeutsam ist nun, daß diese schuldrechtlichen Verpflichtungen nicht nur gegenüber der jeweiligen Vertragspartei, sondern auch gegenüber Dritten, insbes. den Mitgliedern der vertragsschließenden Parteien, bestehen können.[176] Sind somit Drittwirkungen - genauer Drittberechtigungen - grundsätzlich anerkannt, bleibt noch die Frage nach der Rechtsnatur dieser Wirkungen klärungsbedürftig.

Stelle nicht näher erörtert werden (vgl. dazu noch die Ausführungen unten 3. Teil, 2. Kap., § 1, III., 2., c,).

170 Zu den einzelnen Vor. für den Eintritt der Rechtsfolgen des normativen Teils ausf. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 507 ff.

171 Eine solche Vereinbarung von Berechtigungen zugunsten Dritter wäre schlichtweg überflüssig, da die zu Begünstigenden entweder bereits über die normative Wirkung erreicht werden oder aber die Inhalte von TV durch den Arbeitsvertrag im Wege einer sog. Gleichstellungsabrede vereinbart werden können.

172 I.d.R. enthalten TV sowohl schuldrechtliche als auch normative Bestimmungen (sog. rechtliche Doppelnatur des TV, vgl. nur Schaub, Handbuch, S. 1169). Ob dies als zwingende Vor. angesehen werden muß, wird nicht einheitlich beantwortet, dazu näher die Hinweise bei Nipperdey/Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I B, unter I. 1. d,; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 13.

173 Vgl. statt vieler Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 361; Nipperdey/Buchner wie Fn. 172.

174 Zu dieser Wirksamkeitsvor. von TV schon oben Fn. 165.

175 Vgl. etwa Schaub wie Fn. 172 (gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag arbeitsrechtlichen Inhalts); ähnl. Bobrowski/Gaul wie Fn. 173; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 301 f.; Hueck/Richardi, AR-Blattei, D, Tarifvertrag VI, unter A.

176 Dazu ausf. Hueck/Nipperdey wie Fn. 175, S. 702 ff.; speziell zur Friedenspflicht auch BAG v. 31.10.58, AP Nr. 2 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", Lts. 3. sowie unter I. 3. d.G.

Für den in der Praxis unstr. häufigeren Fall des Verbands-TV[177,178] gilt, daß außer zugunsten der vertragsschließenden Parteien - Gewerkschaften u. AG-Verbände - auch Rechte zugunsten der jeweiligen Mitglieder der vertragsschließenden Parteien begründet werden (können).[179] Innerhalb dieses eben abgegrenzten Rahmens wird der TV von der wohl überwiegenden Meinung als echter Vertrag zugunsten Dritter angesehen.[180] Eine andere Auffassung will insoweit unter besonderer Berücksichtigung einzelner tarifvertraglicher Pflichten[181] differenzieren, ob die Regeln des Vertrages zugunsten Dritter oder aber diejenigen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte anzuwenden sind.[182]

---

177 Bei Firmen-TV ergeben sich in bezug auf mögliche Drittberechtigungen auf der AG-Seite im hier interessierenden Zusammenhang keine Besonderheiten; da hier nur ein einziger AG Vertragspartner der Gewerkschaft(en) ist (vgl. z.B. Nipperdey/Säcker, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II A, unter I. 2. c,; Richardi, AR-Blattei, D, Tarifvertrag XIII, unter B. I.1.), können andere AG aus solchen TV von vornherein keine Rechte ableiten. Im Gegensatz zum Verbands-TV wird ein Firmen-TV auch nicht im Interesse anderer AG abgeschlossen.

178 Zur zahlenmäßigen Relation von Verbands- u. Firmen-TV die Hinweise unten 3. Teil (S. 463, Fn. 1654).

179 Dies folgt für die AG-Seite daraus, daß es zu den satzungsmäßigen Aufgaben der AG-Verbände zählt, die Interessen ihrer einzelnen Mitglieder gegenüber dem sozialen Gegenspieler zu wahren, vgl. stv. § 2 der Satzung der BdA, abgedruckt bei Krüger, AR-Blattei, D, Berufsverbände IV, 11. Forts.-Blatt.Allgemein zum Abschluß von TV im Interesse der jeweiligen Mitglieder der TV-Parteien Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 704.

180 So deutlich BAG v. 31.10.58, AP Nr. 2 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", Lts. 3. sowie unter I. 3. d.G.; wohl auch BAG v. 14.11.58, AP Nr. 4 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", Lts. 1. sowie Bl. 2; Söllner, Arbeitsrecht, S. 87; unklar Schaub, Handbuch, S. 1181.

181 Die wohl wichtigsten aus dem schuldrechtlichen Teil von TV fließenden Pflichten sind die Friedenspflicht sowie die Durchführungspflicht mit ihren diversen Einzelpflichten, dazu näher im Überblick Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag V, unter C. II. u. C. III.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 323 ff. u. 352 ff.

182 Dazu ausf. Hueck/Nipperdey wie Fn. 179, S. 704 ff.

Dieser differenzierenden Sichtweise ist m.E. der Vorzug zu geben. Andernfalls würde der nicht nur dogmatisch bedeutsame Unterschied zwischen - primären u. sekundären - Leistungspflichten einerseits u. Pflichten, die nicht Leistungspflichten sind, andererseits, verwischt werden.[183] Die im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen wesentliche tarifliche Pflicht ist die Friedenspflicht.[184] Ihrer Rechtsnatur nach ist sie als Schutzpflicht, nicht als Leistungspflicht zu qualifizieren.[185] Daraus folgt, daß ihre Verletzung unter dem Gesichtspunkt des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte zu sanktionieren ist, da ihre Einhaltung regelmäßig nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien auch deren jeweiligen Mitgliedern zugute kommen soll.[186]

---

183 Zu dieser grundlegenden Unterscheidung etwa Erman/Sirp, BGB, § 242, Rdnr. 50 ff.; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 38 f.; Fikentscher, Schuldrecht, S. 28 ff.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 6 ff. insbes. S. 8 ff.; MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 60. Diejenigen Pflichten, die keine Leistungspflichten sind, werden ganz überwiegend aus § 242 BGB abgeleitet; die Terminologie ist sehr uneinheitlich, vgl. dazu den Überblick bei Larenz wie oben, S. 10 f. Im folgenden wird in enger Anlehnung an Stoll, Leistungsstörungen, S. 27 ff., der soweit ersichtlich diese Unterscheidung erstmals eingeführt hat, der Terminus "Schutzpflichten" verwendet (Schutzpflichten als Ausfluß des Vertrauensgedankens, die unabh. vom Leistungserfolg bestehen u. die dem Zweck der Abwehr von Schädigungen dienen, die sich anläßlich der Durchführung von Verträgen ergeben können, ebenda, S. 27); die an dieser Stelle allein relevanten tarifvertraglichen Pflichten - insbes. die Friedenspflicht - können m.E. problemlos hierunter subsumiert werden.

184 Zum Zusammenhang von Friedenspflicht u. Arbeitskampf bereits der Hinweis oben in Fn. 161.

185 Der wesentliche Grund hierfür ist wohl darin zu sehen, daß die Friedenspflicht nicht nur die Sicherung des Bestands eines TV im Interesse aller tarifgebundenen AG u. AN bezweckt, sondern auch eine Sicherung der einzelnen AG u. AN vor arbeitskampfbedingten Schädigungen zum Ziel hat.

186 Um die oben in Fn. 185 zuletzt genannte Funktion zu gewährleisten, genügt es aber, den einzelnen Mitgliedern bei Verletzungen der Friedenspflicht einen selbständigen Schadensersatzanspruch zu geben. Demgegenüber bleiben die im Zusammenhang mit der Friedenspflicht stehenden Erfüllungsansprüche den TV-Parteien vorbehalten; die einzelnen Mitglieder werden insoweit auch nicht verpflichtet, vgl. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 215; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 705; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 328.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich, daß zunächst nur kampfunbeteiligte AG, die dem vertragsschließenden AG-Verband angehören, sowie AN, die Mitglied der entsprechenden Gewerkschaft sind, aus einer Verletzung der tariflichen Friedenspflicht Ansprüche ableiten können.[187] Klammert man die AN-Seite aus den o.g. Gründen aus[188], so gilt, daß nur eine Gewerkschaft als Anspruchsgegner der geschädigten kampfunbeteiligten AG in Betracht kommen kann. Nur solche Vereinigungen sind aus dem TV gegenüber einem AG-Verband u. seinen einzelnen Mitgliedern verpflichtet, während der Laufzeit eines TV hinsichtlich der dort geregelten Arbeitsbedingungen Arbeitskampfmaßnahmen zu unterlassen.[189] Diese Beurteilung gilt auch dann, wenn man neben der Friedenspflicht zusätzlich noch die sog. Einwirkungspflicht[190] in die Betrachtung mit einbeziehen will. Auch diesbezüglich ist allein

---

187 Da die Verbände TV nur im Interesse ihrer eigenen Mitglieder abschließen, besteht keine Möglichkeit, externe AG u. AN in den Schutzbereich tariflicher Rechte u. Pflichten einzubeziehen.

188 Ansprüche kampfunbeteiligter aber kampfbetroffener AN sind zwar ebenfalls denkmöglich, soweit es dabei um das Schicksal von Lohnansprüchen geht, bleiben sie aus dieser Untersuchung explizit ausgeklammert (vgl. bereits die Hinweise oben Einl. S. 4 u. Fn. 14). Zu sonstigen Nachteilen von AN u. ihrer rechtlichen Behandlung Löwisch, AcP 174, S. 259 f.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 242 (wo allerdings nur auf die deliktsrechtliche Problematik hingewiesen wird). Vgl. zum Ganzen auch den Hinweis bei Lieb, Arbeitsrecht, S. 154.

189 Führt ein AG-Verband aus eigener Initiative Aussperrungen durch u. treten dadurch bei seinen Mitgliedern, sofern sie kampfunbeteiligt sind, Nachteile ein, so kommen u.U. auch Ansprüche gegen den AG-Verband in Betracht; zu Vor., Konstruktion u. Bedeutung solcher Ansprüche näher in anderem Zusammenhang unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, bb, bbb,. Für den in der Praxis wohl wichtigsten Fall der Abwehraussperrung bleibt es aber grundsätzlich bei Ansprüchen auch gegen die kampfführende Gewerkschaft, da diese durch den Streik ebenfalls eine Ursache für eingetretene Schäden gesetzt hat (zu den Kausalitätsproblemen beim Zusammentreffen von Streiks u. Aussperrungen bereits die Hinweise oben in Fn. 44).

190 Die Einwirkungspflicht ist - neben der Tariferfüllungspflicht - eine Komponente der Durchführungspflicht; sie beinhaltet die Pflicht, die jeweiligen Mitglieder positiv zu tarifvertragsgemäßem Verhalten anzuhalten, vgl. Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag V, unter C. III. 1. b,; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 354.

die jeweilige vertragsschließende Gewerkschaft verpflichtet.[191] Die - schuldhafte - Verletzung dieser Pflichten hat für die Vergangenheit allein Schadensersatzansprüche zur Folge[192], die ihre Grundlage in § 325 BGB oder pVV finden u. grundsätzlich begründet sein können.[193]

Es bleibt nunmehr aber noch zu untersuchen, ob die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte nicht die Einbeziehung weiterer potentieller Anspruchssteller ermöglicht oder gar erfordert. Der wesentliche Grundgedanke dieser im Gesetz nicht geregelten Rechtsfigur[194] ist darin zu sehen, daß nicht nur die jeweiligen vertragsschließenden Parteien selbst, sondern darüberhinaus weitere Personen von den aufgrund eines Vertrages bestehenden Leistungs- u. Schutzpflichten berührt werden können.[195]

---

191 Dies folgt daraus, daß es sich bei der Durchführungspflicht u. ihren einzelnen Komponenten um Leistungspflichten handelt, die von vornherein nur im Verhältnis zwischen den TV-Parteien gelten; die einzelnen Mitglieder sind insoweit weder selbständig berechtigt noch verpflichtet, vgl. Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 352; grundsätzlich auch Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 705 f. (mit Hinweisen auf Fälle, die ausnahmsweise eine abweichende Beurteilung nahelegen).

192 Vgl. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 215; zuzustimmen ist Brox darin, daß für die Zukunft selbstverständlich der Erfüllungsanspruch - insbes. im Hinblick auf die Führung von Arbeitskampfmaßnahmen - weiterbesteht. Das Interesse geschädigter kampfunbeteiligter Dritter wird sich aber primär auf die Liquidation bereits eingetretener Schäden richten.

193 Welche der genannten Anspruchsgrundlagen konkret zum Zuge kommt, hängt davon ab, wie man diese Pflichten schuldrechtsdogmatisch einordnet. Sieht man sie als Hauptpflichten an, so kommt wohl § 325 BGB in Betracht, so im Ergebnis ohne nähere Begründung Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 90. Für pVV z.B. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 218 f.; Reimann, RdA 85, S. 34 (am Beispiel des politischen Streiks); wohl auch BAG v. 8.2.57, AP Nr. 1 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", insbes. Bl. 3; für diese Auffassung spricht m.E. die Qualifizierung als Schutzpflichten sowie die Anwendung der Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte.

194 So die wohl überwiegende Auffassung; zum Meinungsstand Sonnenschein, JA 79, S. 226 jeweils m.w.N. Wie hier auch Larenz, Schuldrecht AT, S. 209; MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 61 u. 62; Schwerdtner, Jura 80, S. 494; wohl auch Erman/Westermann, BGB, § 328, Rdnr. 11.

195 Vgl. z.B. MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 60; Sonnenschein wie Fn. 194. Vgl. dazu auch die nach Fallgruppen geordneten Beispiele bei Schwerdtner wie Fn. 194.

Prinzipiell wäre dieser Personenkreis auf deliktische Ansprüche zu verweisen, wenn ihm aufgrund derartiger Wirkungen Nachteile entstehen.[196] Diese Ansprüche sind jedoch häufig nicht begründet oder nicht realisierbar.[197] Um diese Nachteile zumindest teilweise zu kompensieren, wurde in Schrifttum[198] u. Rechtsprechung[199] das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte[200] geschaffen. Die Verletzten können somit unter bestimmten Vor.[201] auch vertragliche Ansprüche geltend machen.[202] Die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte u. seine rechtlichen Wirkungen sind heute grundsätzlich anerkannt.[203] Die h.M. verlangt im Hinblick auf das

---

196 Dieser Lösungsweg ist wegen des offenkundigen Fehlens von unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zwischen Schuldner u. geschädigten Dritten naheliegend. Zur Behandlung solcher Konstellationen im Rahmen einer Erweiterung der deliktischen Haftung etwa Lorenz, JZ 60, S. 111 ff.; auch Medicus, Schuldrecht AT, S. 320.

197 So zutr. Larenz, Schuldrecht AT, S. 208; MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 60; Sonnenschein, JA 79, S. 226. Wesentliche Gründe hierfür sind die lückenhafte Haftung für Gehilfen über § 831 (dazu auch die Hinweise oben 2. Kap., S. 93 f.) sowie der beschränkte Anwendungsbereich von § 823 BGB.

198 Vgl. außer den bereits in Fn. 194 Genannten noch BGB-RGRK/Ballhaus, § 328, Rdnr. 80 ff.; Blomeyer, Schuldrecht, S. 257 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, S. 154 f.; Gernhuber, FS für Nikisch, S. 253; Medicus, Schuldrecht AT, S. 317 f.

199 Vgl. dazu die Nachw. bei Sonnenschein, JA 79, S. 226.

200 Soweit ersichtlich wird dieser Terminus erstmals von Larenz, Anm. zu BGH v. 25.4.56, NJW 56, S. 1193 verwendet.

201 Dazu gleich näher unten S. 104 ff.

202 Wesentlich ist, daß die Dritten hier im Gegensatz zum Vertrag zugunsten Dritter keinen Anspruch auf Erbringung der Primärleistung haben, sondern auf sekundäre Ansprüche - i.d.R. Schadensersatzansprüche - verwiesen sind, die ihren Grund vorwiegend in der Verletzung von Schutzpflichten durch den Schuldner haben, so zutr. z.B. Larenz, Schuldrecht AT, S. 209; Sonnenschein, JA 79, S. 226.

203 Vgl. dazu bereits den Hinweis bei Gernhuber, FS für Nikisch, S. 269 auf die gewohnheitsrechtliche Anerkennung dieser Figur. Umstr. ist allerdings bis heute der Geltungsgrund der (sekundären) Schadensersatzansprüche. Diese Frage braucht aber in dieser Arbeit nicht weiter erörtert werden, da sie nur in wenigen besonderen Fallkonstellationen Einfluß auf das Ergebnis hat; vgl. zu den verschiedenen vertretenen Auffassungen näher BGB-RGRK/Ballhaus, § 328, Rdnr. 81; Erman/Westermann, BGB, § 328, Rdnr. 11; Schwerdtner, Jura 80, S. 495; Sonnenschein, JA 79, S. 226 f.

Eintreten der Rechtsfolgen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte das Vorliegen folgender drei Vor.[204]

Leistungs- bzw. Vertragsnähe: Dieses Kriterium beinhaltet das Erfordernis, daß der Dritte mit der Leistung des Schuldners genauso in Berührung kommen bzw. durch eine Schlechterfüllung vertraglicher Pflichten genauso gefährdet werden kann wie der Gläubiger selbst.[205] Die Verletzung der Friedenspflicht durch eine Gewerkschaft tangiert i.d.R. nicht nur die Interessen des AG-Verbandes als Vertragspartner, sondern - wie die praktischen Erfahrungen - zeigen auch eine unterschiedliche Anzahl kampfunbeteiligter Dritter.[206] Die Gefährdung bzw. Schädigung dieser Dritten muß m.E. im Vergleich zum AG-Verband sogar als gravierender angesehen werden, da dem AG-Verband bei Arbeitskämpfen oder sonstigem tarifwidrigem Verhalten i.d.R. selbst keine nennenswerten vermögenswerten Nachteile entstehen; diese treten vielmehr bei anderen Personen ein.[207]

Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten: Überwiegend wird diese Vor. so verstanden, daß der Gläubiger neben einem eigenen auch die In-

---

204 Vgl. etwa BGB-RGRK/Ballhaus, § 328, Rdnr. 82; Erman/Westermann, BGB, § 328, Rdnr. 12; Medicus, Schuldrecht AT, S. 319; MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 67 ff.; Rebe, JA 79, S. 149; Schwerdtner, Jura 80, S. 496 ff.; Sonnenschein, JA 79, S. 228 f. Ob zusätzlich noch die Schutzbedürftigkeit des Dritten vorliegen muß, wird unterschiedlich beantwortet, vgl. hierzu die Hinweise bei Sonnenschein wie oben, S. 229 f.

205 Vgl. z.B. BGH v. 28.2.77, BGHZ 69, S. 88 (am Beispiel des Lastschriftverfahrens); MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 68; Sonnenschein wie Fn. 204, S. 228.

206 Diese werden, auch wenn sie selbst nicht aktiv am Arbeitskampf teilnehmen, von den Folgewirkungen getroffen u. können z.B. aufgrund dadurch eintretender Produktionsausfälle wirtschaftliche Nachteile erleiden.

207 Es soll hier nicht verkannt werden, daß u.U. auch drittbetroffene AG von ihrem Verband finanzielle Unterstützungen aus dem Verbandsfonds erhalten (der Hinweis von Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 296 i.V.m. Fn. 49 bezieht sich allerdings nur auf kampfbeteiligte Verbandsmitglieder). Diese durch Beiträge der Mitglieder finanzierten Zahlungen werden aber die z.B. durch Produktionausfälle eingetretenen Schäden nur zu einem geringen Teil ausgleichen können, so daß die einzelnen Verbandsmitglieder im Ergebnis als die eigentlich Geschädigten anzusehen sind.

teressen selbst nicht unmittelbar am Vertrag beteiligter Personen schützen will.[208] Dies kann nicht nur in den Fällen persönlicher Fürsorge- u. Obhutsbeziehungen, sondern auch bei rein geschäftlichen Interessen eines Vertragsteils vorliegen.[209] Daher ist es m.E. unproblematisch, wenn man die Beziehungen zwischen AG-Verband u. seinen Mitgliedern ebenfalls darunter subsumiert.[210] Fraglich ist allerdings, ob auch die Interessen von Nichtmitgliedern mit dieser Vor. in Einklang gebracht werden können. Dies muß wohl grundsätzlich verneint werden. Aufgrund des bestehenden Industrieverbandsprinzips ist von einer weitgehenden, nicht nur organisatorischen Trennung der AG-Verbände auszugehen. Der Zweck einzelner Interessenverbände besteht aber i.d.R. nur in der Wahrung u. Förderung der Interessen der eigenen Mitglieder. Selbst wenn man auf der Seite der kampfunbeteiligten Dritten nur die AG/Unternehmer berücksichtigen wollte, käme kein anderes Ergebnis zustande. Insbes. ist die bisweilen behauptete, allgemein bestehende Solidarität unter den AG[211] jedenfalls nicht so stark, daß sie zu einem generellen Interessengleichklang führt.[212] Daher wird man davon

---

208 Vgl. BGB-RGRK/Ballhaus, § 328, Rdnr. 83; MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 69; Schwerdtner, Jura 80, S. 496.

209 Vgl. MünchKomm/Gottwald wie Fn. 208 (mit Beispielen); Rebe, JA 79, S. 149; Sonnenschein, JA 79, S. 229.

210 Diese Folgerung kann m.E. daraus abgeleitet werden, daß auch arbeitsrechtliche Beziehungen zwischen Gläubiger u. Dritten insoweit genügen sollen, vgl. BGB-RGRK/Ballhaus wie Fn. 208; MünchKomm/Gottwald wie Fn. 208. Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß die Beziehungen zwischen AG-Verband u. seinen Mitgliedern privatrechtlicher Natur sind (dazu noch näher in anderem Zusammenhang unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, bb, bbb,), so steht doch die Notwendigkeit der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen u. damit v.a. arbeitsrechtliche Fragestellungen im Mittelpunkt der Arbeit von AG-Verbänden. Dieser Gesichtspunkt wird somit auch ein zentrales Motiv für den Eintritt einzelner AG in den Verband sein.

211 Vgl. dazu Schmid, NJW 79, S. 17; vgl. auch den Hinweis von Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 296 i.V.m. Fn. 47 auf die in den Arbeitskampfrichtlinien von Gesamtmetall enthaltene entsprechende Verpflichtung. Zur Bedeutung der AG-Solidarität noch in anderem Zusammenhang unten 4. Teil, 1. Kap., § 2, I., 3.

212 Es sei hier beispielhaft nur auf die unterschiedlichen Auffassungen innerhalb der AG zum Thema "Arbeitszeitverkürzung" in der Tarifrunde 1984 hingewiesen. Die Präferenzen in dieser Frage werden insbes. von den produktionstechnischen Verhältnissen im jeweiligen

ausgehen müssen, daß alle Nichtmitglieder der jeweils zuständigen AG-Verbände nicht in den Schutzbereich eines Verbands-TV einbezogen sind.[213]

Erkennbarkeit von Leistungsnähe u. Gläubigerinteresse durch den Schuldner: Auch diese Vor. muß m.E. als nicht erfüllt angesehen werden. Die vertragsschließende Gewerkschaft als Schuldnerin der tariflichen Friedenspflicht geht bei Vertragsschluß venünftigerweise davon aus, daß nur die Mitglieder ihres jeweiligen Vertragspartners in den Schutzbereich des TV einbezogen werden sollen. Wollte man anders entscheiden, würde man eine u.U. unkalkulierbare Haftung der Gewerkschaften bejahen, da die Anzahl möglicher kampfbetroffener aber kampfunbeteiligter Dritter niemals hinreichend exakt prognostiziert werden kann.[214] Es kann wohl nicht davon ausgegangen werden, daß eine Gewerkschaft ein derart unbestimmtes Haftungsrisiko auf sich nehmen würde, nur um einen Tarifabschluß zu erreichen.[215]

Betrieb abhängen. Außerdem wirkt sich der zunehmend verschärfte Konkurrenzdruck nicht positiv auf die Solidarität aus; jeder AG/Unternehmer wird vielmehr versuchen, arbeitskampfbedingte Nachteile seiner Mitbewerber zu seinen Gunsten auszunutzen.

213 Eine sich an dieser Stelle aufdrängende Frage besteht im Hinblick auf die Vereinbarkeit dieses Ergebnisses mit der negativen Koalitionsfreiheit (dazu noch näher unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., c, bb, aaa,). Wegen des hier festgestellten (tarif-) vertragsrechtlichen Schutzes zugunsten der Mitglieder von Verbänden bei arbeitskampfbedingten Schädigungen könnte auf Außenseiter ein faktischer Zwang zum Verbandseintritt ausgeübt werden. Allerdings muß wiederum berücksichtigt werden, daß die Außenseiter nach der hier vertretenen Auffassung (oben 2. Kap., S. 82 ff.) u.U. auf deliktische Ansprüche zurückgreifen können.

214 Dem steht m.E. nicht entgegen, daß die Gewerkschaften bei der Festlegung ihrer Taktik u. Strategie Schädigungen kampfunbeteiligter Dritter maßgeblich berücksichtigen, so Lieb, Arbeitsrecht, S. 153. Ob u. ggf. welche Schäden tatsächlich eintreten, wird aber auch durch betriebsspezifische Gegebenheiten wie z.B. Lagerhaltung, Flexibilität u. Organisation bestimmt, d.h. durch Faktoren, die der kampfführenden Gewerkschaft nicht ohne weiteres von vornherein bekannt sein werden oder aber zumindest nicht exakt prognostizierbar sind.

215 Das Kriterium "Erkennbarkeit" dient gerade dazu, eine u.U. uferlose Vertragshaftung des Schuldners zu begrenzen, vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S. 210; MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 71; auch BGB-RGRK/Ballhaus, § 328, Rdnr. 82 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGH.

Damit ist festzustellen, daß eine Erweiterung des oben bereits umschriebenen Kreises der potentiellen Anspruchssteller unter Zugrundelegung der allgemeinen Vor. des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte nicht in Betracht kommen kann. Dieses Ergebnis steht im übrigen mit der ganz h.M. im Einklang, wonach der durch die Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur begünstigte Personenkreis möglichst eng zu ziehen ist.[216] Es bleibt daher beim bereits gewonnenen Ergebnis, daß nur die vertragsschließenden Parteien u. ihre jeweiligen Mitglieder vertragliche Schadensersatzansprüche wegen einer Verletzung von TV geltend machen können. Diese Ansprüche können grundsätzlich begründet sein, wenn eine rechtswidrige u. schuldhafte Verletzung der tariflichen Friedenspflicht durch die vertragsschließende Gewerkschaft vorliegt.[217]

§ 2: Ansprüche aus übergegangenem Recht

Darunter werden hier diejenigen Ansprüche verstanden, die kampfunbeteiligten Dritten nicht aus ursprünglich eigenem Recht zustehen, sondern sich auf die Berechtigung eines anderen gründen u. lediglich auf den späteren Anspruchssteller übergehen (können).[218] Von dieser Kategorie von Ansprüchen sind in dieser Arbeit die DSL sowie § 281 BGB von Bedeutung.

---

216 Vgl. BGH v. 30.9.69, NJW 70, S. 40; BGH v. 13.2.75, NJW 75, S. 868 f.; BGH v. 11.1.77, NJW 77, S. 2074; MünchKomm/Gottwald, BGB, § 328, Rdnr. 67. Der wesentliche Grund hierfür liegt wohl darin, daß andernfalls von vornherein die Grenzen zwischen vertraglicher u. deliktischer Haftung verwischt werden würden.

217 Zur alleinigen Schuldnerstellung der vertragsschließenden Gewerkschaft gegenüber den einzelnen Mitgliedern von AG-Verbänden oben (S. 101 f. nach Fn. 188).

218 Vgl. dazu Larenz, BGB AT, S. 225, der zutr. darunter auch die Fälle rechtsgeschäftlicher - u. damit auch schuldvertraglicher - Übertragung von Rechten (Ansprüchen) subsumiert.

I. Drittschadensliquidation

Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter aus dem Gesichtspunkt der DSL sind bisher soweit ersichtlich nur von GAUL geprüft u. dann bejaht worden, wenn die Schädigungen Dritter ihre Ursache in rechtswidrigen Streiks haben.[219] Zur Begründung für seine These führt er aus, der AG könne bei Verletzung seiner Rechte aus gegenseitigen Verträgen - gemeint sind damit die zwischen diesem AG u. den streikenden AN bestehenden Arbeitsverträge - den Ersatz von Schäden kampfunbeteiligter Dritter auch dann fordern, wenn die Interessen zwischen AG/Unternehmer u. kampfunbeteiligten Dritten derart eng miteinander verknüpft wären, daß jener die Interessen Dritter wahrzunehmen habe u. die Verletzer damit rechnen müßten.[220] GAUL geht dabei davon aus, daß unmittelbare vertragliche Ansprüche der Dritten gegen den bestreikten AG in dieser Situation nicht begründet wären, da sich dieser das Handeln der streikenden AN nicht über § 278 BGB zurechnen lassen müsse.[221] LÖWISCH ist dieser Konstruktion unter Hinweis darauf, daß sie im Widerspuch zu den anerkannten Grundsätzen der DSL stehe, entgegengetreten.[222]

Die Rechtsfigur der DSL ist ein Fall der Durchbrechung des Grundsatzes, daß nur derjenige Schaden zu ersetzen ist, der dem Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs entstanden ist.[223]

---

219 Vgl. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 176.

220 Diese Begründung paßt allerdings m.E. eher für die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte (oben § 1, S. 102 ff.), zumal Gaul den geschädigten Dritten zubilligt, die Ansprüche des AG gegen die streikenden AN aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Ermächtigung geltend zu machen u. außerdem dogmatisch die Grundlagen des Vertrages mut Schutzwirkung für Dritte (Gewohnheitsrecht, ergänzende Vertragsauslegung) heranzieht. Zu den Unterschieden zwischen beiden Rechtsfiguren etwa Berg, NJW 78, S. 2018 f.; Rebe, JA 79, S. 149 f.

221 Vgl. Bobrowski/Gaul wie Fn. 219. Anders die hier vertretene Auffassung (oben 2. Kap., S. 73 ff.).

222 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 238 f. Fn. 123.

223 Vgl. z.B. Deutsch, Haftungsrecht, S. 484 f.; Erman/Sirp, BGB, § 249, Rdnr. 52; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 2, S. 211 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, S. 263 f.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 427 ff.; MünchKomm/Grunsky, BGB, Vor § 249, Rdnr. 116; Steding, JuS 83, S. 29 sowie den Hinweis auf den Grundsatz, daß nur unmittelbar Geschädigte schadensersatzberechtigt sind (oben 2. Kap., S. 81 vor Fn. 92).

Charakteristisch für die DSL ist nun, daß der Gläubiger eines solchen Anspruchs vom Schädiger den Ersatz von Schäden verlangt, die nicht ihm selbst, sondern zufällig bei Dritten eingetreten sind.[224] Im Gegensatz zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ist also Vor., daß typischerweise beim Gläubiger eintretende Schäden ausnahmsweise einen Dritten treffen;[225] das Risiko wird also für den Schuldner nicht vervielfacht, sondern nur verschoben.[226] Demzufolge wird eine Beschränkung des Anwendungsbereiches der DSL nicht mit der Gefahr einer unkalkulierbaren, uferlosen Haftung des Schädigers, sondern mit dem "Dogma des Gläubigerinteresses" begründet.[227] Daher ist es konsequent u. folgerichtig, daß die Anwendung der DSL bislang auf wenige Fallgruppen beschränkt wurde.[228]

Aus der Darstellung dieser allgemeinen Grundsätze ergibt sich m.E., daß der Auffassung von GAUL nicht gefolgt werden kann. Es ist zwar zunächst unerheblich, daß die an dieser Stelle zu erörternde Fallgestaltung nicht einer der bereits anerkannten Fallgruppen der DSL zugeordnet werden kann, weil diese keinesfalls als abschließend angesehen

---

224 Vgl. Erman/Sirp, BGB, § 249, Rdnr. 52; Larenz wie Fn. 223, S. 427; Peters, AcP 180, S. 331; Staudinger/Medicus, BGB, § 249, Rdnr. 191; Steding, JuS 83, S. 31; ders., JuS 83, S. 619.

225 Wie oben (§ 1, S. 102) bereits herausgestellt wurde, zeichnet sich der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte dadurch aus, daß neben dem Gläubiger noch andere Personen geschädigt werden u. alle ersatzberechtigt sind. Es kommt somit zu einer erheblichen Steigerung des Haftungsrisikos für den Schuldner, vgl. Berg, NJW 78, S. 2018; MünchKomm/Grunsky, BGB, Vor § 249, Rdnr. 117; Staudinger/Medicus, BGB, § 249, Rdnr. 191; Steding wie Fn. 223, S. 32.

226 Dies beruht darauf, daß dem Schuldner nunmehr ein anderer, nämlich der tatsächlich Geschädigte gegenübersteht, so zutr. Berg wie Fn. 225; Rebe, JA 79, S. 149.

227 Vgl. Staudinger/Medicus, BGB, § 249, Rdnr. 181 u. 191 (Aufgabe dieses Dogmas bei der DSL). Zu diesem Grundsatz auch die Hinweise oben in Fn. 223.

228 Es handelt sich dabei um die Fälle der obligatorischen Entlastung des Schuldners aufgrund einer Gefahrtragungsregel, der sog. mittelbaren Stellvertretung sowie der Obhut für Sachen Dritter; vgl. dazu im einzelnen näher die Darstellungen bei Larenz, Schuldrecht AT, S. 381 f.; Peters, AcP 180, S. 335 ff.; Steding, JuS 83, S. 29 ff.

werden können.[229] Entscheidend ist vielmehr, daß das oben skizzierte Erkennungsmerkmal der DSL nicht vorliegt.[230] Als Folge sowohl von rechtmäßigen als auch von rechtswidrigen Streiks entstehen nämlich nicht nur bei kampfunbeteiligten Dritten, sondern auch beim Gegner dieser Maßnahme, hier dem bestreikten AG bzw. AG-Verband Schäden.[231] Der gegenüber den Streikenden - aus dem Gesichtspunkt einer Verletzung der Arbeitsverträge sowie einer Verletzung des Rechts am Unternehmen (§ 823 Abs. 1 BGB) - Ersatzberechtigte ist also selbst ebenfalls geschädigt, so daß kein Fall einer zufälligen Schadensverlagerung vorliegt.[232]

Der Vorschlag von GAUL begegnet m.E. auch noch aus einem anderen Grund Bedenken. Eine Pflicht des AG/Unternehmers zur Wahrung von Drittinteressen setzt i.d.R. eine vertragliche Beziehung zu diesen Personen voraus.[233] Diese wird zwar häufig vorliegen, es muß aber bestritten werden, daß sich allein daraus schon die notwendige enge Verknüpfung der Interessen ergibt. Entscheidend sind insoweit die jeweilige Person des Vertragspartners sowie die konkrete Ausgestaltung des Vertrages. Eine enge Interessenverknüpfung i.S. GAUL's wird man daher von vornherein nur bei Dauerschuldverhältnissen annehmen können, da hier gesteigerte Fürsorge-, Treue-, Obhuts- u. ähnl. Pflichten nicht nur von un-

---

229 Vgl. MünchKomm/Grunsky, BGB, Vor § 249, Rdnr. 117; vgl. auch die Hinweise auf weitere mögliche Anwendungsfälle der DSL bei Staudinger/Medicus, BGB, § 249, Rdnr. 193 u. 195.

230 Zufällige Schadensverlagerung vom Gläubiger auf einen Dritten (oben Fn. 224).

231 Die Schädigung des Kampfgegners bezweckt, diesen zum Abschluß eines TV zu zwingen; die gleichzeitige Schädigung kampfunbeteiligter Dritter führt tendenziell zur Erhöhung des Druckes auf den angestrebten TV-Partner.

232 Oben vor Fn. 224.

233 Ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis wird nur ausnahmsweise als ausreichend angesehen werden können, da hieraus eine so weitgehende Pflicht, Drittinteressen positiv wahrzunehmen, m.E. nicht ohne weiteres abgeleitet werden kann. Vgl. dazu auch z.B. MünchKomm/Roth, BGB, § 242, Rdnr. 127 f., wonach sich aus einer vorvertraglichen Beziehung nur ausnahmsweise auf Leistungsinteressen gerichtete Pflichten ergeben.

tergeordneter Bedeutung sind.[234] Auch hier ist aber darauf hinzuweisen, daß über die Intensität solcher Pflichten nur sehr schwer allgemeine Aussagen gemacht werden können. Außerdem kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die AN die erforderlichen Informationen über die Geschäftsbeziehungen ihres AG gegenüber Dritten haben.[235] Die weitgehende Arbeitsteilung im Produktionsprozeß, die Anonymität zumindest in größeren Betrieben sowie das weitgehende Desinteresse der Mehrzahl der AN an geschäftlichen, betriebsinternen Vorgängen sprechen vielmehr deutlich gegen diese Annahme. Daher ist das Bestehen von Ansprüchen aus dem Gesichtspunkt der DSL zugunsten kampfunbeteiligter Dritter zu verneinen.[236]

II. § 281 BGB

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist von vornherein sehr begrenzt. § 281 BGB setzt zunächst voraus, daß der Schuldner einen Gegenstand schuldet, dessen Leistung (nachträglich) unmöglich wurde.[237] Da zu den Gegenständen nur Sachen u. Rechte - einschließlich der Immaterialgüter -, nicht aber Handlungen u. Unterlassungen gehören[238], scheiden von den im Rahmen dieses Themas relevanten schuldrechtlichen Vertragsformen Werkverträge gleich von Anfang an aus, weil diese den Schuldner nur zu einer Handlung - Herstellung eines Werks - verpflichten.[239] Bei Werklieferungsverträgen ist zu differenzieren. Für Werk-

---

234 Vgl. z.B. Larenz, Schuldrecht AT, S. 31 (gesteigerte Bedeutung des Grundsatzes von Treu u. Glauben); vgl. auch Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 162.

235 Dies wäre aber Vor., um mit Gaul zum Ergebnis zu kommen, die AN müßten damit rechnen, daß ihr AG zur Wahrung von Drittinteressen verpflichtet ist (so Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 176).

236 Wie hier im Ergebnis Löwisch, AcP 174, S. 238 f. Fn. 123.

237 Vgl. BGB-RGRK/Alff, § 281, Rdnr. 1; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 281, Rdnr. 3; Staudinger/Löwisch, BGB, § 281, Rdnr. 9 u. 11; Lüderitz, StudK BGB, § 281, Anm. 1 u. 2.

238 Vgl. Erman/Battes, BGB, § 281, Rdnr. 4; Staudinger/Löwisch, BGB, § 281, Rdnr. 9; wohl auch Lüderitz, StudK BGB, § 281, Anm. 2.

239 Vgl. BGB-RGRK/Alff, § 281, Rdnr. 8; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 281, Rdnr. 3; Staudinger/Löwisch wie Fn. 238; wohl auch Erman/Battes wie Fn. 238.

lieferungsverträge im eigentlichen Sinn (§ 651 Abs. 1 S. 2 2. HS. BGB) gilt das soeben zum Werkvertrag Gesagte.[240] Demgegenüber überwiegt beim uneigentlichen Werkvertrag (§ 651 Abs. 1 S. 2 1. HS. BGB) die Lieferpflicht des Schuldners[241], was durch die dort normierte Anwendbarkeit der wichtigsten kaufrechtlichen Vorschriften belegt wird. Daher ist es m.E. folgerichtig, § 281 BGB auch auf diesen Vertragstyp anzuwenden.[242] Weiterhin ist § 281 BGB auf Kaufverträge i.S.v. § 433 BGB anwendbar, da dort eine Verpflichtung des Schuldners zur Lieferung einer Sache bzw. zur Verschaffung eines Rechts vorgesehen ist (§ 433 Abs. 1 BGB). Die abzulehnende Anwendbarkeit von § 281 BGB auf Werkverträge gilt schließlich im vollen Umfang auch für Frachtverträge (§ 425 HGB), da diese nur Sonderfälle des Werkvertrages sind.[243]

§ 281 BGB gilt weiterhin i.d.R. nicht bei Vorliegen von Gattungsschulden vor Konkretisierung.[244] Insoweit ist es unerheblich, ob es sich um echte, unbeschränkte oder um beschränkte Gattungsschulden[245] handelt.[246]

---

240 Dies folgt m.E. daraus, daß bei diesem Vertragstyp das werkvertragliche Element deutlich überwiegt, was in der Verweisung auf einen Großteil der Regelungen des Werkvertragsrechts in § 651 Abs. 1 S. 2 2. HS. BGB zum Ausdruck kommt. Dem steht nicht entgegen, daß sich Werklieferungsverträge immer auf die Herstellung von Sachen beziehen, so Soergel/Siebert/Mühl, BGB, § 651, Rdnr. 1.

241 Vgl. z.B. Erman/Seiler, BGB, § 651, Rdnr. 20.

242 Dabei wird nicht verkannt, daß zwischen beiden Vertragsformen gleichwohl nicht nur unerhebliche Unterschiede bestehen, vgl. MünchKomm/Soergel, BGB, § 651, Rdnr. 2 (Herstellungsverpflichtung des Unternehmers als typisches werkvertragliches Element).

243 Vgl. dazu Helm in Großkomm. HGB, § 425, Anm. 34; Schlegelberger/Geßler, HGB, § 425, Rdnr. 18 m.w.N.

244 Vgl. Erman/Battes, BGB, § 281, Rdnr. 5; Staudinger/Löwisch, BGB, § 281, Rdnr. 10. Eine Ausnahme wird allerdings für den Fall des Untergangs der ganzen Gattung gemacht, vgl. MünchKomm/Emmerich, BGB, § 281, Rdnr. 3; Lüderitz, StudK BGB, § 281, Anm. 2. a,.

245 Zur Abgrenzung dieser beiden Formen von Gattungsschulden näher in anderem Zusammenhang unten 3. Teil, 3. Kap.

246 Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß § 281 BGB von einem Gegenstand, d.h. von einer individuellen Sache ausgeht, so Erman/Battes wie Fn. 244.

Ferner ist § 281 BGB nur in den Fällen der Unmöglichkeit u. des Unvermögens einschlägig.[247] Da es sich bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen i.d.R. jedoch um die Situation des Schuldnerverzugs handeln wird[248], kommt § 281 BGB auch aus diesem Grund nur in wenigen praktischen Fällen Bedeutung zu.[249]

Schließlich setzt § 281 BGB voraus, daß der Schuldner infolge des Umstands, der zur Unmöglichkeit der Leistung führt, für den geschuldeten Gegenstand Ersatz oder einen Anspruch auf Ersatz erlangt.[250] Dabei ist zu bedenken, daß im hier interessierenden Zusammenhang nur Arbeitskampfmaßnahmen als ursächliche Umstände der Nichtleistung in Betracht kommen, da diese die conditio sine qua non für die endgültige Nichterfüllung vertraglich geschuldeter Pflichten im Verhältnis zu kampfunbeteiligten Dritten darstellen.[251] Sieht man von dem nur theoretischen Sonderfall ab, daß der Schuldner (Anspruchsgegner) für den Fall einer arbeitskampfbedingten Nichtleistung eine Versicherung abgeschlossen hat[252], so erwirbt er zunächst nur bei rechtswidrigen

---

247 Vgl. Erman/Battes, BGB, § 281, Rdnr. 6; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 281, Rdnr. 6; Staudinger/Löwisch, BGB, § 281, Rdnr. 11.

248 So zutr. Bulla, DB 63, S. 755.

249 Wie hier im Ergebnis Löwisch, AcP 174, S. 238 Fn. 123 (Anwendbarkeit von § 281 BGB nur dann, falls ausnahmsweise dem kampfbetroffenen Vertragspartner die Leistung unmöglich geworden ist).

250 Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 248; Larenz, Schuldrecht AT, S. 285; Staudinger/Löwisch, BGB, § 281, Rdnr. 13.

251 Zur Kausalität von Arbeitskampfmaßnahmen bereits die Hinweise oben (2. Kap., S. 70 u. Fn. 44).

252 Diese Konstellation wird soweit ersichtlich als Hauptanwendungsfall des § 281 BGB angesehen, vgl. die entsprechenden Hinweise bei BGB-RGRK/Alff, § 281, Rdnr. 5; Erman/Battes, BGB, § 281, Rdnr. 8; Fikentscher, Schuldrecht, S. 199 f.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 285; Staudinger/Löwisch, BGB, § 281, Rdnr. 15. Im hier zu behandelnden Zusammenhang ist diese Fallgruppe aber nicht einschlägig, da zumindest gegenwärtig keine privaten Versicherungen gegen das Risiko des Arbeitskampfes angeboten werden, vgl. dazu ausf. die Hinweise bei Löwisch, AcP 174, S. 213 ff. (vgl. insbes. auch den Hinweis, daß das Arbeitskampfrisiko auch nicht von anderen Versicherungszweigen mit umfaßt wird) sowie oben 1. Teil (S. 59).

Streiks Ersatzansprüche gegen seine AN u./oder die einen solchen Streik führende Gewerkschaft.[253,254]

Insgesamt muß daher festgestellt werden, daß die Bedeutung von § 281 BGB für die privatrechtliche Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter nur als sehr gering angesehen werden kann.[255] Zur Anwendung kommt diese Vorschrift de lege lata nur dann, wenn bei Kauf- u. uneigentlichen Werklieferungsverträgen die geschuldeten Leistungen aufgrund rechtswidriger Streiks nachträglich unmöglich geworden sind u. es sich dabei nicht um Gattungsschulden handelte. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, daß die in solchen Fällen prinzipiell bestehenden Schadensersatzansprüche gegen den Kampfgegner i.d.R. nicht geltend gemacht oder aber im Rahmen von Vereinbarungen über die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitskämpfen in den danach abgeschlossenen TV im Ergebnis zugunsten der theoretisch Schadensersatzpflichtigen geregelt werden.[256] Bei dieser Sach- u. Rechtslage sollte m.E. die Anwendbarkeit von § 281 BGB bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter grundsätzlich abgelehnt werden, da aufgrund der weitgehenden Einschränkungen, die diese Norm macht, die Ergebnisse weitgehend von Zufällen abhängen. Dies kann aber im Interesse der anzustrebenden Rechtssicherheit bei der rechtlichen Behandlung solcher Fälle nicht gut geheißen werden.

---

253 Grundsätzlich zur Haftung bei rechtswidrigen Streiks Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 197 ff. (Schadensersatzpflicht der streikenden AN) u. S. 218 ff. (Schadensersatzpflicht der Gewerkschaften); Schaub, Handbuch, S. 1147 f.; vgl. auch Löwisch, AcP 174, S. 238 Fn. 123. Diese Ansprüche könnten den tatsächlich geschädigten kampfunbeteiligten Dritten abgetreten werden (§ 398 BGB); darauf wird in anderem Zusammenhang (unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, I., 2., f,) noch zurückzukommen sein.

254 Eine Erweiterung zugunsten der Geschädigten würde allerdings dann eintreten, wenn man der oben (2. Kap., S. 86 ff.) vorgeschlagenen Konzeption folgend unter bestimmten Umständen auch aussperrungsbedingte Schädigungen sanktioniert.

255 Wie hier im Ergebnis zutr. Löwisch wie Fn. 253.

256 Zu solchen Schadensersatzverzichtsklauseln u. ihrer Zulässigkeit im Rahmen der Tarifautonomie etwa Zöllner, Maßregelungsverbote, S. 3 f. u. S. 35 ff. sowie ausf. Loritz, ZfA 82, S. 78 ff. Ferner können die Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen auch durch sog. Risikoverteilungsklauseln geregelt werden, dazu näher etwa Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 218.

Die Erörterung der Relevanz privatrechtlicher Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Dritter hat damit zu folgenden wesentlichen Ergebnissen geführt:

(1.) Zu den potentiell kampfbetroffenen Personen bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen zählen nicht nur AG/Unternehmer, sondern auch Endverbraucher im weitesten Sinn. Daher ist auch der Kreis der möglichen Anspruchssteller entsprechend weit zu fassen.

(2.) Potentielle Anspruchsgegner kampfbetroffener aber kampfunbeteiligter Dritter sind nicht nur deren jeweilige Partner schuld- bzw. handelsrechtlicher Verträge, sondern auch die Arbeitskämpfe führenden Verbände, deren einzelne Mitglieder sowie einzelne AG u. AN, die nicht Mitglied solcher Verbände sind.

(3.) Schuld- bzw. handelsrechtliche Verträge bestehen nur zwischen kampfunbeteiligten Dritten u. AG/Unternehmern, die ihrerseits unmittelbar oder mittelbar von Arbeitskampfmaßnahmen betroffen sein können. Aufgrund von schuld- bzw. handelsrechtlichen Verträgen ergeben sich zunächst Erfüllungsansprüche. Sind diese Ansprüche nicht mehr durchsetzbar, dann treten Schadensersatzansprüche u. Rücktrittsrechte als Rechtsfolgen bei Unmöglichkeit der Leistung oder Schuldnerverzug an ihre Stelle. Bei Verstößen gegen Abnahmepflichten kommen zusätzlich Aufwendungsersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs in Betracht. Diese Ansprüche sind grundsätzlich dann begründet, wenn es sich um Fälle verschuldensunabhängiger Haftung handelt oder den Unternehmer als Anspruchsgegner ein Schuldvorwurf trifft. Bei Aussperrungen hat der Anspruchsgegner grundsätzlich nach § 276 Abs. 1 BGB einzustehen. Hat die Vertragsverletzung ihre Ursache in einem Streik der beim Anspruchsgegner beschäftigten AN, so muß er sich das Handeln seiner AN gem. § 278 BGB zurechnen lassen, wenn diesen ihrerseits ein Schuldvorwurf zu machen ist.

(4.) Gegen AG/Unternehmer, zu denen schuld- bzw. handelsvertragliche Beziehungen bestehen, können sich ferner Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Rechts am Unternehmen (§ 823 Abs. 1 BGB) ergeben, wenn auch der Anspruchssteller Unter-

nehmer u. mittelbar Kampfbetroffener erster Stufe ist. Als Ursache für einen Eingriff in das Recht am Unternehmen kommen sowohl Streiks als auch Aussperrungen in Betracht; dabei sind auch nur mittelbare Auswirkungen ausreichend. Während bei den Folgen von Aussperrungen nur § 823 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage zur Verfügung steht, ist bei Streiks zusätzlich § 831 BGB anwendbar, da streikende AN Verrichtungsgehilfen sind u. auch bei der streikweisen Arbeitsniederlegung noch in Ausübung der Verrichtung handeln.

(5.) Beim Fehlen schuld- bzw. handelsrechtlicher Verträge können kampfunbeteiligte Dritte dann Schadensersatzansprüche gegen die kampfführende Gewerkschaft wegen schuldhafter Verletzung der tariflichen Friedenspflicht aus § 325 BGB oder pVV geltend machen, wenn es sich bei den Anspruchsstellern um AG handelt u. diese Mitglied desjenigen AG-Verbandes sind, der mit der kampfführenden Gewerkschaft in tarifvertraglichen Beziehungen steht. Sonstige Dritte können aus Verletzungen von TV durch Gewerkschaften keine Ansprüche geltend machen. Die Grundsätze der DSL sind zugunsten kampfunbeteiligter Dritter nicht anwendbar. Eine Heranziehung von § 281 BGB bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter ist abzulehnen.

(6.) Kampfunbeteiligte Dritte können, sofern sie mittelbar kampfbetroffene Unternehmer erster Stufe sind, ferner auch bei Fehlen schuld- bzw. handelsrechtlicher Verträge Ansprüche wegen Verletzung des Rechts am Unternehmen gegen alle unter (2.) aufgeführten Anspruchsgegner geltend machen. Als Anspruchsgrundlagen kommen §§ 823 Abs. 1, § 831 BGB zur Anwendung.

Aus dieser haftungsrechtlichen Situation ergibt sich somit, daß bei ausschließlicher Heranziehung schuld- bzw. handelsrechtlicher Wertungen zur Lösung der Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter eine Reihe verschiedener Ansprüche gegen unterschiedliche Anspruchsgegner grundsätzlich begründet sein können. Ohne bereits an dieser Stelle auf die mögliche Bedeutung insbes. der auffälligen Schlechterstellung von "normalen" Endverbrau-

chern gegenüber Unternehmern eingehen zu können[257], folgt daraus, daß die Beantwortung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht zu Schuld- u. Handelsrecht die wohl zentrale Vor. für eine angemessene u. brauchbare Lösung der privatrechtlichen Haftungsfragen ist. Hieraus muß sich ergeben, ob u. ggf. welche Wertungen des Arbeitskampfrechts zu Modifikationen des schuld- bzw. handelsrechtlichen Haftungssystems führen u. welche Änderungen sich insoweit im einzelnen ergeben. Wie sich bereits bei der Bestandsaufnahme angedeutet hat, ist das Problem der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter i.w. auf die Frage nach dem Verhältnis der beteiligten Teilrechtsgebiete u. den daraus ableitbaren Folgerungen für die privatrechtliche Haftung zu reduzieren.[258] Dies kann wiederum als Bestätigung für die dieser Untersuchung zugrunde gelegte Aufgabenstellung angesehen werden.[259]

---

257 Dazu im einzelnen ausf. unten 3. Teil, 2. Kap., § 3, III., 4., c, bb,.

258 Vgl. bereits die diesbezüglichen Hinweise oben 1. Teil (S. 55).

259 Oben Einl. (S. 13).

3. Teil: Das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

Bei der im folgenden vorzunehmenden Untersuchung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht einerseits sowie Schuld- u. Handelsrecht andererseits wird auf eine besondere Berücksichtigung des Handelsrechts verzichtet. Begründet wird dies damit, daß es sich bei der zentralen Rechtsquelle des Handelsrechts, dem HGB, im Verhältnis zum BGB um ein Spezialgesetz handelt, das grundsätzlich nur im kaufmännischen Verkehr Anwendung findet.[1,2] Damit könnten von vornherein nicht alle im Rahmen der dieser Arbeit zugrunde liegenden Themenstellung denkbaren Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellationen erfaßt werden.[3] Ferner ergeben sich selbst bei der ausschließlichen Beteiligung von Kaufleuten die möglichen Ansprüche sowie die zugehörigen Anspruchsgrundlagen aus dem BGB, da das HGB i.d.R. die Wertungen des BGB lediglich im Hinblick auf den kaufmännischen Verkehr modifiziert[4], aber kaum selbständige Anspruchsgrundlagen enthält.[5] Außerdem beinhaltet das HGB - abgesehen von § 608 Abs. 1 Nr. 4 HGB - keine Regelungen über die

---

1 Vgl. Art. 2 EGHGB sowie die Hinweise bei Baumbach/Duden/Hopt, HGB, Einl. v. § 1, Anm. 1 B. u. Hofmann, Handelsrecht, S. 19. Daher ist es zutr., wenn das Handelsrecht als Sonderprivatrecht der Kaufleute bezeichnet wird, so z.B. Brüggemann in Großkomm. HGB 4. Aufl., Einl., Rdnr. 6; Klunzinger, Handelsrecht, S. 1.

2 Dieses Spezialitätsverhältnis gilt selbstverständlich auch gegenüber den sog. handelsrechtlichen Nebengesetzen wie z.B. BSchG u. EVO, so ausdrücklich Goltermann/Konow, EVO, § 1, Anm. 3 b, aa, zum Verhältnis EVO-Privatrecht; das eingeschränkte Spezialitätsverhältnis zwischen EVO u. HGB ist insoweit hier ohne Belang. Zur Zuordnung von BSchG u. EVO zu den handelsrechtlichen Nebengesetzen vgl. den Überblick bei Brüggemann in Großkomm. HGB 4. Aufl., Einl., Rdnr. 29.

3 Hinzuweisen ist nur darauf, daß jedenfalls in den Fällen der Berücksichtigung von Endverbrauchern auf der Seite der Anspruchssteller zumindest diejenigen Vorschriften des HGB, die ein beiderseitiges Handelsgeschäft voraussetzen, nicht anwendbar sind.

4 Vgl. etwa Baumbach/Duden/Hopt, HGB, Einl. v. § 1, Anm. 1 B.; Hofmann, Handelsrecht, S. 20.

5 Dies gilt ohne Einschränkungen für die hier allein interessierenden Ansprüche aus dem Gesichtspunkt von Vertragsverletzungen u. unerlaubten Handlungen; zu diesem Teil des Untersuchungsgegenstandes im einzelnen bereits oben Einl. (S. 5 f.).

Rechtsfolgen von Arbeitskampfmaßnahmen;[6] daher ist davon auszugehen, daß zwischen Schuld- u. Handelsrecht hinsichtlich ihrer Beziehung zum Arbeitskampfrecht keine grundsätzlichen Unterschiede bestehen.[7]

Bezüglich der für den weiteren Gang der Untersuchung notwendigen Bestimmung der Beziehung zwischen Arbeitskampf- u. Schuldrecht sind unter ausdrücklicher Beschränkung auf das Kriterium eines möglichen Rangverhältnisses zwischen beiden Teilrechtsgebieten vier verschiedene Konstellationen denkmöglich:[8] Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht, Vorrang des Schuldrechts vor dem Arbeitskampfrecht, Gleichrang zwischen beiden Teilrechtsgebieten - unter Anerkennung möglicher wechselseitiger Beeinflussung - sowie Ablehnung einer zumindest teilweisen Überschneidung von Arbeitskampf- u. Schuldrecht u. damit Indifferenz im Hinblick auf Rangfragen.

Bisher sind hiervon lediglich die Fallgestaltungen 1 u. 4 als mögliche Ausgangspunkte zur Beantwortung der hier interessierenden privatrechtlichen Haftungsfragen herangezogen worden. Konstellation 1 entspricht dabei der Vorrangtheorie innerhalb der arbeitsrechtlichen Ansätze[9] Konstellation 4 dagegen der älteren Lehre[10] bzw. den schuldrechtlichen Ansätzen.[11] Während den hier unter 1 bis 3 aufgeführten Fallgestaltungen gemeinsam ist, daß unmittelbare Einflüsse zwischen Arbeits-

---

6 Vgl. dazu den Hinweis in Fn. 44 (Einl.).

7 Dies folgt wiederum aus Art. 2 EGHGB; ist im HGB nichts bzw. nichts anderes bestimmt, kommen das BGB sowie die hierzu entwickelten Grundsätze zur Anwendung; zur Nichtberücksichtigung von Sonderhaftungstatbeständen des HGB bereits der Hinweis oben Einl. (Fn. 44).

8 Da allgemeingültige Aussagen zum Verhältnis von Kollektivrecht u. Individualrecht bereits innerhalb des Arbeitsrechts kaum möglich sind, so Rüthers, AuR 67, S. 129, muß die Fragestellung auch an dieser Stelle möglichst weitgehend konkretisiert werden, um verwertbare Grundsätze erhalten zu können.

9 Vgl. im einzelnen oben 1. Teil (S. 48 ff.).

10 Oben 1. Teil (S. 17 ff.).

11 Dazu bereits oben 1. Teil (S. 35 ff.).

kampf- u. Schuldrecht anerkannt bzw. zugrunde gelegt werden[12], leugnen die Vertreter der schuldrechtlichen Ansätze derartige Beziehungen.[13] Es liegen daher zwei sich gegenseitig ausschließende Ausgangspunkte bei der Betrachtung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht vor, so daß in einem ersten Schritt entschieden werden muß, welcher dieser beiden Sichtweisen zu folgen ist.

1. Kapitel: Arbeitsrechtliche versus schuldrechtliche Ansätze

Zur Begründung für den jeweils herangezogenen Ansatz werden nahezu vollständig dieselben Argumente herangezogen.[14] Während die Vertreter der schuldrechtlichen Ansätze damit die Beziehungslosigkeit der beiden in Frage stehenden Teilrechtsgebiete begründen wollen[15], stützen die Vertreter der arbeitsrechtlichen Ansätze hierauf einen (teilweisen) Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht.[16] Diese Vorgehensweise kann nicht überzeugen, da auf diesem Weg offensichtlich der zweite vor dem ersten Untersuchungsschritt vollzogen wird. Zunächst müßte nämlich festgestellt werden, welche Gesichtspunkte für unmittelbare, wechselseitige Beziehungen zwischen beiden Teilrechtsgebieten sprechen, d.h. ob u. ggf. welche Ausstrahlungen vom Arbeitskampfrecht zum Schuldrecht bzw. umgekehrt stattfinden. Erst nach dieser Prüfung kann eine Ausgangshypothese in Form der schuldrechtlichen bzw. der arbeitsrechtlichen Ansätze formuliert werden, deren

---

12 Für die Sichtweise der arbeitsrechtlichen Ansätze ist charakteristisch, daß sie von einer zumindest teilweisen Überschneidung beider Teilrechtsgebiete ausgehen, was die Möglichkeit wechselseitiger Beeinflussung zur Folge hat.

13 Dies ergibt sich von vornherein daraus, daß Arbeitskampf- u. Schuldrecht als zwei völlig voneinander isolierte Rechtsgebiete, die beziehungslos nebeneinander stehen, angesehen werden, so deutlich insbes. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 106; Hohn, DB 65, S. 503.

14 Es handelt sich v.a. um die unten (2. Kap., S. 126 ff.) zusammengefaßten Argumente.

15 Vgl. nur Brendel wie Fn. 13, S. 71, S. 94 f. u. S. 106.

16 Zu den einzelnen dazu vorgetragenen Begründungen bereits ausf. oben 1. Teil (S. 51 ff.).

Tragfähigkeit dann unter Heranziehung anderer Argumente im einzelnen überprüft werden muß.[17]

Gegen die Zugrundelegung der schuldrechtlichen Ansätze sprechen m.E. folgende Gesichtspunkte:

Die Vertreter der eingeschränkten Trennungstheorie[18] legen ihren Erörterungen zwar ebenfalls die angebliche Beziehungslosigkeit zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zugrunde, gleichwohl berücksichtigen sie bei ihren Darlegungen Argumente, die systematisch eindeutig dem Arbeitskampfrecht zugeordnet werden können.[19] Dogmatisch liegt aber insoweit bereits ein deutlicher Wertungswiderspruch vor, da entsprechend der zentralen Hypothese der schuldrechtlichen Ansätze arbeitskampfrechtliche Wertungen bei der Klärung der hier interessierenden Haftungsfragen völlig unberücksichtigt bleiben müßten. Die der eingeschränkten Trennungstheorie zuzurechnenden Autoren versuchen diesen Widerspruch zwar zu vermeiden, indem sie die arbeits(kampf)rechtlichen Gesichtspunkte nicht unmittelbar, sondern nur unter Zwischenschaltung schuldrechtlicher Rechtsinstitute berücksichtigen wollen. Diese Konstruktion führt aber letztlich weder zur Rettung des schuldrechtlichen Ansatzes selbst noch zur Leugnung von Einflüssen des Arbeitskampfrechts auf das Schuldrecht. Vielmehr entsteht der Eindruck, daß die jeweiligen Autoren von der Existenz derartiger Einwirkungen ausgehen, gleichwohl aber versuchen, die realitätsferne Sicht des schuldrechtlichen Ansatzes zu zementieren, indem sie konstruktiv zu einer nur mittelbaren Beeinflussung schuldrechtlicher Wertungen ge-

---

17 Dies ist insbes. für die arbeitsrechtlichen Ansätze von grundlegender Bedeutung, da bereits drei unterschiedliche Ausprägungen des Rangverhältnisses denkmöglich sind.

18 Zum Inhalt dieses Ansatzes ausf. oben 1. Teil (S. 37 ff.).

19 Uneingeschränkt gilt dies für die mögliche Beeinflussung von Kampfparität u. Tarifautonomie durch Festlegung einer Pflicht, Forderungen des sozialen Gegenspielers nachzugeben, dazu die Nachw. in Fn. 169 (1. Teil), z.T. auch für die Sozialadäquanz von Arbeitskämpfen (oben Fn. 162, 1. Teil), da diese früher v.a. im Arbeitskampfrecht zentrale Bedeutung hatte (dazu ausf. unten 2. Kap., § 1, II., 1., b,).

langen.[20]

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat bereits sehr früh Ausstrahlungen des Arbeitskampfrechts auf andere Teilrechtsgebiete festgestellt.[21] Wenn etwa der GS des BAG schon 1955 darauf hingewiesen hat, daß durch Arbeitskämpfe die Volkswirtschaft u. damit sowohl Dritte als auch die gesamte Allgemeinheit betroffen werden können[22], dann handelt es sich insoweit zwar zunächst nur um die Wiedergabe einer Erscheinung in der Realität. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß unmittelbare Verknüpfungen zwischen Teilrechtsgebieten, die auf der sozialempirischen Ebene bejaht werden, durch Transformation in rechtliche Kategorien nicht entschärft oder gar ins Gegenteil umgekehrt werden dürfen. Die rechtliche Würdigung eines Sv. hat vielmehr realen Erscheinungen Rechnung zu tragen.[23] In der gerade zitierten Entscheidung des BAG lag der Akzent zwar eindeutig auf der Beurtei-

---

20 Der schuldrechtliche Ansatz in seiner strengen Ausprägung wird bereits dadurch in Frage gestellt bzw. aufgegeben, indem man überhaupt arbeits(kampf)rechtliche Kriterien heranzieht u. auf diesem Weg - zumindest im Einzelfall - zu einer Haftungsbefreiung des Anspruchsgegners gelangt. Ob das Arbeitskampfrecht insoweit unmittelbar oder nur mittelbar Berücksichtigung findet u. wie dies im Rahmen des Aufbaus anspruchsbegründender schuldrechtlicher Normen eingebracht wird, ist m.E. von sekundärer Bedeutung.

21 Vgl. etwa BAG v. 4.5.55, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" (Verletzung des Rechts am Unternehmen durch rechtswidrigen Streik); BAG v. 30.8.55, AP Nr. 1 zu § 99 AVAVG (Auswirkungen von Streiks auf Kranken- u. Arbeitslosenversicherung); BAG v. 29.9.55, AP Nr. 4 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" (keine Verletzung des Arbeitsvertrages durch Teilnahme an einem gewerkschaftlich organisierten Streik); BAG v. 21.10.58, AP Nr. 10 zu § 1 ArbKrankhG (Einfluß von Streiks auf den Anspruch des AN auf Zahlung eines Zuschusses zum Krankengeld).

22 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 3. d.G.

23 Dies muß insbes. dann gelten, wenn gesetzliche Regelungen fehlen u. der Richter rechtsfortbildend tätig werden muß, was im Arbeitskampfrecht häufig erforderlich ist, dazu noch näher unten 2. Kap., § 3, I., 1., d,. Die Notwendigkeit der Realitätsnähe entbindet den Richter selbstverständlich nicht von der Pflicht, seine Entscheidungen mit juristischen Argumenten zu belegen; rein soziologische Erwägungen allein sind i.d.R. nicht ausreichend, wie etwa die Begründung des GS des BAG zur Einheitstheorie zeigt, dazu ausf. unten 2. Kap., § 1, I., 1., b, cc,. Wie hier in anderem Zusammenhang auch Hanau, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 17, S. 49 f.

lung des Verhältnisses von Arbeitskampf- u. Arbeitsvertragsrecht[24], die fehlende Berücksichtigung des Schuldrechts erklärt sich jedoch ohne Zweifel daraus, daß dieser Gesichtspunkt nicht entscheidungserheblich war.[25] Die hier herausgegriffene Passage aus den Entscheidungsgründen macht jedoch deutlich, daß vom Arbeitskampfrecht unmittelbare Wirkungen auch auf das Schuldrecht ausstrahlen können; Dritte i.S.d. Entscheidung sind unzweifelhaft auch Personen, die nicht in arbeitsvertraglichen Beziehungen zu einer der kämpfenden Parteien stehen.[26] M.E. muß daher davon ausgegangen werden, daß nicht nur im Verhältnis zwischen kollektivem u. individuellem Arbeitsrecht Wechselwirkungen bestehen[27], dieser Satz muß auch gegenüber anderen Teilrechtsgebieten, insbes. gegenüber dem Schuldrecht grundsätzlich Geltung beanspruchen.

Die gerade skizzierte Argumentation findet in der neueren BAG-Rechtsprechung ihre Bestätigung. 1971 hat der GS den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich in das Arbeitskampfrecht eingeführt.[28] In diesem Zusammenhang wurde zum Ausdruck gebracht, daß man Arbeitskämpfe nicht isoliert sehen dürfe, vielmehr seien diese in die gesellschaftlichen u. volkswirtschaftlichen Vorgänge eingebettet.[29] Auch aus dieser Feststellung muß man m.E. ableiten, daß eine isolierte Betrachtung von Arbeitskampf- u. Schuldrecht der Realität nicht gerecht werden würde u. daher auch auf der rechtlichen Ebene nicht zur Grundlage von Entscheidungen gemacht werden darf.

---

24 Vgl. BAG wie Fn. 22, Lts. 2. sowie unter I. 3. ff. d.G.

25 Dies ergibt sich eindeutig aus den beiden durch den 1. Senat an den GS gerichteten Fragen, die keinerlei Bezug zu allgemeinen schuldrechtlichen Fragen haben, vgl. BAG wie Fn. 22, vor I. d.G.

26 Wie hier Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 70 f. Wenn Arbeitskämpfe nach Auffassung des BAG wie Fn. 22 Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft haben können, dann fallen automatisch z.B. auch Endverbraucher in den Kreis der potentiell Betroffenen; zu diesem Gesichtspunkt ausf. Säcker, GewMH 72, S. 295.

27 Vgl. G. Hueck, FS für Molitor, S. 205 mit weiterführenden Hinweisen in Fn. 9.

28 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter Teil III A. d.G. Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz noch ausf. in dieser Untersuchung unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

29 So deutlich Müller GewMH 72, S. 274; dazu auch Rüthers wie Fn. 26.

Der einfache Gesetzgeber hat in einer Reihe von bundesrechtlichen Vorschriften[30] Rechtsfolgen von Arbeitskampfmaßnahmen im Hinblick auf einige wichtige Teilfragen ausdrücklich geregelt. Es handelt sich dabei im einzelnen um die §§ 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG 1972, 66 Abs. 2 S. 2 BPersVG, 25 KSchG, 18 Abs. 7 SchwbG, 11 Abs. 5 AÜG, 116 AFG, 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG, 32 a ZDG.[31] Eine Analyse des Inhalts dieser Vorschriften zeigt, daß zumindest im Falle des § 116 AFG auch unmittelbare Auswirkungen[32] von Arbeitskampfmaßnahmen außerhalb des Arbeitsrechts eine gesetzliche Regelung erfahren haben; diese Vorschrift ist trotz ihrer nicht bestreitbaren arbeitsrechtlichen Komponente systematisch dem Sozialversicherungsrecht zuzuordnen.[33] Da die o.a. Vorschriften wohl kaum als abschließende Regelung der Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen angesehen werden können[34], muß davon ausgegangen werden, daß auch das Schuldrecht einer solchen unmittelbaren Beeinflussung durch das Arbeitskampfrecht unterliegt. Daß der Gesetzgeber insoweit keine Regelung vorgenommen hat - u. wohl auch in der nächsten Zukunft nicht

---

30 Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Arbeitsrecht - u. damit auch für das Arbeitskampfrecht - ergibt sich aus Art. 74 Zif. 12. GG, so zutr. etwa Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 35; Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 70; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 74, Rdnr. 78.

31 Vgl. dazu etwa die Hinweise bei BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 3. d.G.; Auffarth, RdA 77, S. 130; Fabricius, FS für Gleitze, S. 463; Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 3; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 63; Seiter, JA 79, S. 338; Söllner, RdA 80, S. 19.

Zur Zugehörigkeit dieser Vorschriften zum einfachen Gesetzesrecht Konzen/Scholz, DB 80, S. 1595; Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 3; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 56; Schwerdtner, Jura 85, S. 22.

32 Hingewiesen sei darauf, daß unmittelbare Auswirkungen von Arbeitskämpfen auf andere Rechtsgebiete selbstverständlich nicht mit unmittelbarer Kampfbetroffenheit gleichgesetzt werden dürfen; letzterer Begriff bezieht sich lediglich auf die passive Beteiligung von tariffähigen Personen u. AN an Arbeitskämpfen. Zur Situation der unmittelbaren Kampfbetroffenheit schon die Hinweise oben 2. Teil (S. 62 f.).

33 Vgl. Gitter, Sozialrecht, S. 164; Küchenhoff, Sozialrecht, S. 182; Wannagat/Pfaff, Gedächtnisschrift für Kahn-Freund, S. 328. Diese systematische Einordnung gilt jedenfalls für den hier allein interessierenden Anspruch auf Arbeitslosengeld, da dieser das Bestehen eines Sozialversicherungsverhältnisses voraussetzt.

34 Wie hier zutr. etwa Rüthers, Aussperrung, S. 42 f.

vornehmen wird -[35], ist gerade im Arbeitskampfrecht nicht außergewöhnlich.[36] Es wird auch nicht bestritten werden können, daß zwischen Arbeitskampf- u. Schuldrecht, die beide systematisch dem Privatrecht[37] zuzuordnen sind[38], engere Beziehungen als etwa zwischen Arbeitskampf- u. Sozialrecht bestehen. Ohne hier die Problematik von "Erst-Recht-Schlüssen" zu verkennen[39], muß man daraus wohl folgern, daß dann, wenn das Arbeitskampfrecht sogar unmittelbar das dem öffentlichen Recht zuzuordnende Sozialrecht zu beeinflussen vermag, eine solche unmittelbare Beziehung auch innerhalb desselben Rechtsgebietes, des Privatrechts, anerkannt werden muß, ohne daß man bereits an dieser Stelle den häufig überstrapazierten Grundsatz von der Einheit der Rechtsordnung berücksichtigen müßte.[40]

Die gerade skizzierten Gesichtspunkte zeigen m.E. deutlich, daß bereits gegen die Basis der schuldrechtlichen Ansätze erhebliche Bedenken angebracht sind. Die dort behauptete künstliche Trennung zwischen Arbeitskampf- u. Schuldrecht widerspricht nicht nur den empirisch feststellbaren realen Verhältnissen, sondern auch den Grundgedanken bestehender gesetzlicher Vorschriften. Daher kann für die weitere Untersuchung an dieser Sichtweise nicht festgehalten werden.[41]

---

35 Dazu bereits oben Einl. (S. 11 sowie Fn. 45).

36 Dieses Rechtsgebiet zeichnet sich gerade durch das weitgehende Fehlen einfachgesetzlicher Vorschriften aus; da sich die Rechtsprechung bisher kaum mit den hier zu behandelnden privatrechtlichen Haftungsfragen befassen mußte, fehlen hierzu auch richterrechtliche Regelungen.

37 In dieser Arbeit wird von einer Zweiteilung der Rechtsordnung in Privatrecht u. öffentliches Recht ausgegangen, wie hier etwa Medicus, BGB AT, S. 1; auf den häufig verwendeten Begriff "Zivilrecht" wird hier nicht zurückgegriffen.

38 Vgl. Gamillscheg, FS für Molitor, S. 79 Fn. 38; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 35 f.; Richardi, ZfA 74, S. 26 f.; diff. aber im Ergebnis ebenso Gamillscheg, AcP 176, insbes. S. 198.

39 Dazu anschaulich am Beispiel von Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG Seiter, Streikrecht, S. 74.

40 Zu diesem Grundsatz noch näher in anderem Zusammenhang unten § 1, II.

41 Das bedeutet selbstverständlich nicht, daß sämtliche Gedanken u. Vorschläge der Vertreter dieses Ansatzes von vornherein obsolet sind. Vielmehr sind einzelne Komponenten wie etwa die verschiedenen herangezogenen Rechtfertigungsgründe auch in dieser Arbeit an der systematisch richtigen Stelle auf ihre Verwertbarkeit hin zu untersuchen.

Es müssen also im folgenden die arbeitsrechtlichen Ansätze der weiteren Diskussion zugrunde gelegt werden. Innerhalb dieser Ansätze lag der Schwerpunkt bisher zweifellos bei dem Gesichtspunkt eines möglichen teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht. Es erscheint daher als zweckmäßig, im folgenden zunächst die Vorrangtheorie zur Grundlage der weiteren Untersuchung zu machen. Neben der grundsätzlichen Frage, ob dem Arbeitskampfrecht ein Vorrang einzuräumen ist u. worauf dieser ggf. argumentativ gestützt werden kann, muß insbes. auch darauf eingegangen werden, welcher Geltungsbereich der Vorrangtheorie zukommt und wie ggf. das Verhältnis beider Teilrechtsgebiete außerhalb dieses Geltungsbereichs zu beurteilen ist.

2. Kapitel: Die Tragfähigkeit der Vorrangtheorie zur Lösung der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter

Die im Zusammenhang mit der Begründung der Vorrangtheorie von ihren Anhängern[42] u. Gegnern in den bisherigen Untersuchungen vorgetragenen Argumente können m.E. wie folgt zusammengefaßt u. klassifiziert werden.

Der Gesichtspunkt der - einheitlichen oder dualistischen - Beurteilung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit, insbes. im Hinblick darauf, ob eine Handlung, die nach den Grundsätzen eines Teilrechtsgebietes rechtmäßig ist, aufgrund davon abweichender Wertungen eines anderen Teilrechtsgebietes gleichzeitig rechtswidrig sein kann.[43,44] In diesem Zusammenhang spielen primär die möglichen Auswirkungen kollektivrechtlicher Grundsätze auf das individuelle Recht[45] sowie die Frage

---

42 Oben 1. Teil (S. 51 ff.).

43 Vgl. etwa Dohnau, Lieferverträge, S. 20 u. S. 26 ff.; Hohn, DB 65, S. 503; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 75.

44 Konkret wird hier die Frage gestellt, ob die Teilnahme an einem rechtmäßigen Arbeitskampf gleichzeitig unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von schuldrechtlichen Verträgen rechtswidrig sein kann, so deutlich z.B. Bulla, DB 63, S. 755; Hohn wie Fn. 43; Müller wie Fn. 43.

45 Vgl. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 12 ff.; Dohnau, Lieferverträge, S. 32; Strempel, Leistungsstörugen, S. 59 f. Konkret bedeu-

nach der Übertragbarkeit der Sozialadäquanzlehre in das Schuldrecht[46,47] eine zentrale Rolle.[48,49]

Die Qualifikation des Arbeitskampfes als Eingriff von hoher Hand.[50] Diese These berührt zwar auch die Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung, der Vorrang des Arbeitskampfrechts wird hier jedoch nicht auf den Aspekt der Hierarchie der Rechtsquellen gestützt; vielmehr soll der (rechtmäßige) Arbeitskampf unmittelbar bestimmte Rechts-

---

tet dieser Ansatzpunkt nichts anderes als die Frage nach der Übertragbarkeit der Einheitstheorie auf das Verhältnis von Arbeitskampf- u. Schuldrecht, dazu näher unten § 1, I.

46 Vgl. Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 262; Dohnau wie Fn. 45, S. 32 ff.; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 74 f.; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 121 f.; Strempel wie Fn. 45, S. 57 ff. u. S. 64; unter Beschränkung auf Aussperrungen auch Brendel wie Fn. 45, S. 78 ff.

47 Umstr. ist v.a. die Übertragbarkeit in das Vertragsrecht. Dies beruht darauf, daß die Sozialadäquanzlehre nur im Deliktsrecht, speziell im Hinblick auf eine mögliche Rechtfertigung eines Eingriffs in das Recht am Unternehmen durch Arbeitskampfmaßnahmen Anerkennung gefunden hat, vgl. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1000 ff.; Krejci, Aussperrung, S. 132; Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 39 f.; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 65; grundsätzlich auch Hueck, FS für Herschel 1955, S. 35 ff. Im einzelnen näher unten § 1, II.

48 Im Zusammenhang mit der Übertragbarkeit der Sozialadäquanzlehre sowie von Wertungen des kollektiven Arbeitsrechts wird teilweise mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung argumentiert, so ausdrücklich Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 175; Löwisch, AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495.

49 Hinzuweisen ist darauf, daß auch die an letzter Stelle beschriebene Argumentation bisweilen mit einer möglichen Rechtfertigung der Verletzung des schuldrechtlichen Vertrages mit einem Dritten in Zusammenhang gebracht wird, vgl. z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 956; Löwisch, DB 62, S. 762; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 231. Diese Sichtweise stellt jedoch nur eine mögliche Folgerung dar; vgl. andererseits etwa Mayer-Maly, Referat, S. 8 ff. u. Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 82 f., die insoweit jeweils beim subjektiven Tatbestand der anspruchsbegründenden Normen ansetzen. Die systematisch richtige Einordnung der Auswirkungen von Arbeitskämpfen in den Aufbau der anspruchsbegründenden Normen des Schuldrechts kann wiederum erst dann vorgenommen werden, wenn die Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung analysiert worden ist; auch insoweit bestehen somit enge Beziehungen zwischen den hier als zentral angesehenen Argumentationsschwerpunkten.

50 Vgl. zu diesem Ansatz die Hinweise oben 1. Teil (S. 53 f.).

folgen[51] bewirken. Es ist daher angezeigt, diesen Gesichtspunkt eigenständig zu behandeln.

Die Frage nach möglichen Folgen, die sich für das Schuldrecht bei Feststellung einer möglichen Gewährleistung des Arbeitskampfrechts durch das GG u./oder die Verfassungen einzelner Bundesländer[52] sowie durch eine mögliche Beeinflussung von Tarifautonomie u./oder Kampfparität durch Bejahung einer Pflicht, den Forderungen des jeweiligen sozialen Gegenspielers nachzugeben, um keine Verletzungen schuldrechtlicher Beziehungen mit kampfunbeteiligten Dritten herbeizuführen, ergeben.[53,54] Hinter dieser Argumentation steht letztlich das Problem der Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung u. die daraus für das Schuldrecht resultierenden Rechtsfolgen.[55] Da es insoweit hier primär auf die Feststellung eines Rangverhältnisses zwischen beiden Teilrechtsgebieten ankommt[56], muß m.E. von vornherein

---

51 Konkret sollen Arbeitskämpfe die Rechtsfolgen nachträglicher, vom Schuldner nicht zu vertretender Unmöglichkeit auslösen (§§ 275, 323 BGB), dazu die Nachw. in Fn. 241 (1. Teil).

52 Vgl. dazu v.a. Brendel, Lieferverpflichtungen, insbes. S. 19 ff.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 955 u. S. 956; auch Dohnau, Lieferverträge, S. 30 f. Vgl. auch den Hinweis bei Lauschke, DB 66, S. 138 f., wonach das GG sowohl Arbeitskampfrecht als auch Vertragsfreiheit schützt.

53 So etwa Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 956; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 82 f.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 230; grundsätzlich auch Löwisch, DB 62, S. 762; ders., AcP 174, insbes. S. 234; ders., BB 74, S. 1495.

54 Beide Gesichtspunkte stehen in engem Zusammenhang, wie unten § 3, I., 2., c, noch zu zeigen sein wird.

55 Eine genaue Untersuchung dieser zentralen Frage hat keiner der Autoren, die sich bisher mit dem Thema der privatrechtlichen Haftung beschäftigt haben, vorgenommen; auf diesen Mangel hat bereits Groos, Schadensersatz, S. 145 hingewiesen. Darüberhinaus ist festzustellen, daß allgemein die privatrechtlichen Folgen von Arbeitskämpfen jedenfalls dogmatisch nicht voll überzeugend geklärt werden konnten (vgl. dazu die Ausführungen zu arbeitsvertraglichen Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen gleich unten § 1, I.).

56 Diese Vorgehensweise bietet sich deshalb an, damit aus einem sich evtl. ergebenden Rangverhältnis zwischen beiden Teilrechtsgebieten Ableitungen vorgenommen werden können, falls sich bei der Untersuchung herausstellen sollte, daß aus der Stellung des Arbeitskampfrechts in der Rechtsordnung allein keine direkten Folgerungen im Hinblick auf seine Stellung gegenüber dem Schuldrecht möglich sind.

auch auf die Notwendigkeit einer Analyse der Stellung des Schuldrechts innerhalb der Gesamtrechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung der für die Haftung vorgesehenen Rechtsfolgen hingewiesen werden.[57] Andernfalls wäre die Feststellung eines Rangverhältnisses nicht zuverlässig möglich, da der jeweils hierzu erforderliche Bezugspunkt fehlen würde. Dieser Gesichtspunkt ist in den bisher vorliegenden Untersuchungen - jedenfalls in seiner vollen Tragweite - ebenfalls nicht erkannt worden.[58] Diese gerade skizzierte Argumentationskette könnte sich v.a. deshalb als fruchtbar erweisen, da der hierin enthaltene sehr allgemeine Ansatz bisher allenfalls in Umrissen ausgeschöpft wurde, obwohl sich namentlich aus verfassungsrechtlichen Normen auch wesentliche Folgerungen für privatrechtliche Problemstellungen ergeben können.[59]

Der Gesichtspunkt des Rangverhältnisses ergibt sich ferner aus der Sichtweise der arbeitsrechtlichen Ansätze: wenn dort bereits konstruktiv eine Kollision der beiden hier in Frage stehenden Rechtsgebiete angelegt ist, so ist es naheliegend, daß diese Kollision grundsätzlich insbes. durch Vorrang bzw. Nachrang eines dieser Teilrechtsgebiete einer Lösung zugeführt werden muß.

57 Es kann hier eine Beschränkung auf die als Sanktion für Vertragsverletzungen und unerlaubte Handlungen im BGB vorgesehenen Rechtsfolgen erfolgen, da nur diese für die möglichen Ansprüche von kampfunbeteiligten Dritten maßgebend sind; vgl. im einzelnen oben 2. Teil (S. 63 ff.) sowie unten § 3, II., 1.

58 Soweit ersichtlich finden sich lediglich bei Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 19 - Streikrecht unter Vorbehalt schuldvertraglicher Ansprüche Dritter - sowie bei Lauschke, DB 66, S. 139 - Stellung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftssystem - lapidare Hinweise auf diesen Aspekt; eine eingehende Auseinandersetzung fehlt leider.

59 Vgl. etwa den Hinweis auf die mögliche Bedeutung des GG für die Begründung privatrechtlicher Rechtsfolgen des Arbeitskampfes bei Krejci, Aussperrung, S. 130.

§ 1: Die Verwertbarkeit bisheriger Stellungnahmen zur unmittelbaren Begründung eines (teilweisen) Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht

Die eben zusammengefaßten, zur Begründung eines teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht vorgetragenen Argumente der Vertreter der arbeitsrechtlichen Ansätze können m.E. wie folgt weiter untergliedert werden.

Einerseits werden Gesichtspunkte herangezogen, die unmittelbar an den Arbeitskampf bzw. an das Arbeitskampfrecht anknüpfen u. hieraus Folgerungen für die privatrechtliche Haftung abgeleitet. Hierunter sind zu subsumieren die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfes, die Übertragbarkeit der Sozialadäquanzlehre auf schuldrechtliche Verträge, die Betrachtung des Arbeitskampfes als Eingriff von hoher Hand sowie die Frage nach der Übertragbarkeit der Einheitstheorie auf das Verhältnis gegenüber dem Schuldrecht.

Die Brauchbarkeit dieser Vorschläge kann im folgenden vorab erörtert werden, da sich bei Bejahung ihrer Anwendbarkeit auf die hier zu lösende Fragestellung die Entwicklung einer hiervon grundsätzlich abweichenden eigenständigen Lösung wenigstens z.T. erübrigen könnte, wenn insoweit aus den bisher vorliegenden Erkenntnissen Folgerungen gezogen werden können. Dabei muß allerdings das Problem der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfrechts an dieser Stelle noch ausgeklammert bleiben, da dieser Gedanke von vornherein zumindest stillschweigend eine Reihe von Vor. u. Annahmen enthält, die noch einer näheren Prüfung bedürfen.[60]

In eine zweite Gruppe sind diejenigen Argumente einzuordnen, die nicht unmittelbar an Arbeitskampf bzw. Arbeitskampfrecht anknüpfen, sondern den teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts anhand anderer Kriterien bzw. Variablen zu begründen versuchen. Hierzu zählen Tarifautonomie, Kampfparität, AG-Solidarität sowie die Gemeinwohlbindung von Arbeits-

60 Der Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung ist ein Teilaspekt des Problems der Stellung des Arbeitskampfrechts in der Rechtsordnung insgesamt u. daher zweckmäßigerweise auch in diesem Zusammenhang zu behandeln (unten § 3, I.).

kampfmaßnahmen. Gemeinsam ist diesen Vorschlägen, daß von diesen eben genannten Kriterien Verbindungen zum Arbeitskampf(recht) hergestellt werden, ohne daß Art u. Weise dieser Verknüpfung im einzelnen näher erörtert wird; insoweit besteht eine Parallele zum Gesichtspunkt der möglichen verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfrechts. Daraus folgt, daß eine unmittelbare Heranziehung dieser verschiedenen Aspekte nicht angezeigt ist, da es zunächst einer Prüfung ihrer jeweiligen Zusammenhänge zum Arbeitskampf(recht) bedarf.[61]

Von den Argumenten der eben zuerst genannten Gruppe ist m.E. trotz der insoweit wohl ablehnenden Stellungnahmen BRENDEL's u. NIPPERDEY's[62] zunächst darauf näher einzugehen, ob die zur Lösung der Kollision von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht entwickelten Grundsätze in irgendeiner Form zur Lösung der Beziehung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht herangezogen werden können, weil das Arbeitsvertragsrecht bekanntlich eine Reihe von Bezügen u. Gemeinsamkeiten zum Schuldvertragsrecht u. damit zum Schuldrecht insgesamt aufweist.[63] Diese These ist daher vorab auf ihre Tragfähigkeit hin zu erörtern.

I. Die Übertragbarkeit der Einheitstheorie auf das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

1. Einfluß des Arbeitskampfes auf die Pflichten des Arbeitsvertrages

Diese Frage wird weder im Ergebnis noch im Hinblick auf die jeweils vorgetragenen Begründungen einhellig beantwortet. Sowohl in bezug auf das Ergebnis als auch im Hinblick auf die geschichtliche Entwick-

---

61 Dies gilt insbes. für Tarifautonomie u. Kampfparität. Demgegenüber kann der Gedanke der AG-Solidarität allgemein auf seine Tragfähigkeit hin untersucht werden, da der Solidaritätsaspekt nicht nur Bezüge zum Arbeitskampf aufweist, sondern auch mit anderen Erscheinungen wie etwa der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung in engem Zusammenhang steht.

62 Vgl. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 12 ff.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 955.

63 Vgl. nur Ehmann/Schmauder, Jura 83, S. 181 (Arbeitsvertrag als Unterfall des schuldrechtlichen Dienstvertrages, § 611 BGB); Zöllner, Arbeitsrecht, S. 128 (grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB auf den Arbeitsvertrag).

lung[64] können zunächst deutlich zwei grundlegend verschiedene Ansätze unterschieden werden, die individualrechtliche u. die kollektivrechtliche Arbeitskampftheorie.[65]

a) Individualrechtliche Arbeitskampftheorie

Wesentliches Erkennungsmerkmal dieser terminologisch unterschiedlich bezeichneten Sichtweise[66] ist, daß die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen nach den Kündigungsvorschriften des Individualarbeitsrechts bestimmt wird.[67] Arbeitskampfmaßnahmen, die ohne ordnungsgemäße Kündigung der jeweiligen Arbeitsverträge durchgeführt werden, gelten als rechtswidrige u. schuldhafte Verletzungen der aus den Arbeitsverträgen resultierenden Arbeitspflicht[68] bzw. als

---

64 Hierzu näher etwa Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 156 ff.; Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 3 ff.; auch Promberger, Arbeitskampf, S. 20 f.

65 Vgl. z.B. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 1. d.G.; Fabricius, RdA 62, S. 94 f.; Kraft, RdA 68, S. 434 f. (Einheitstheorie u. Trennungstheorie); im Ergebnis auch Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 169 ff., der den wesentlichen Unterschied zwischen beiden Richtungen aber zu Unrecht in der jeweiligen Einstellung zum "Streikrecht" sieht; dagegen zu Recht BAG wie oben, unter I. 2. d.G.

66 Neben den bereits erwähnten Bezeichnungen (individualrechtliche Arbeitskampftheorie, Trennungstheorie) findet man auch den Terminus "Vertragsbruchtheorie", so etwa Promberger Arbeitskampf, S. 21.

67 Vgl. von den zahlreichen Äußerungen etwa LAG Stuttgart v. 28.3.52, AP 52, Nr. 162, Lts. 1. sowie unter IV. 1. d.G.; LAG Hamburg v. 28.11.52, BB 53, S. 262; LAG Kiel v. 14.9.54, DB 54, S. 868; Arras, NJW 53, S. 241; Bydlinski, ÖZöffR Band VIII, S. 306 f.; Dietz, Anm. zu LAG Hannover v. 16.1.52, BB 52, S. 295 f.; Kaufmann, DB 51, S. 467; Niese, Streik, S. 46 ff.; Nikisch, Streikrecht, S. 10 ff. u. S. 14 ff.; ders., der ag 51, S. 24; ders., FS für Hedemann, S. 192; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 237 f. Vgl. auch den diesbezüglichen Hinweis bei Schwerdtner, Jura 85, S. 20. Daher ist es zutr., wenn z.B. Säcker, BB 71, S. 962 diesen Ansatz als arbeitskampffeindlich bezeichnet.

68 Dies gilt für Streiks, vgl. etwa den Hinweis bei Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 4 m.w.N. in Fn. 3; auch Arras, NJW 53, S. 242.

unzulässige Maßregelung von AN[69] u. sollen individualrechtliche Sanktionen[70] auslösen.

Ansatzpunkt zur Begründung dieser individualrechtlichen Sichtweise ist die Auffassung, daß der Aufhebung des Verbots von Arbeitskämpfen insbes. aufgrund von § 152 Abs. 1 GewO[71] nur öffentlichrechtliche Bedeutung zukommen solle u. keine privatrechtlichen Wirkungen beanspruchen könne.[72] Die individualrechtliche Arbeitskampftheorie wird trotz der bereits bald nach Inkrafttreten der WRV aufkommenden Kritik[73] bis in die Mitte der 50er Jahre als herrschend angesehen.[74] Bis zu diesem Zeitpunkt wird somit die Kollision von arbeitskampfrechtlichen u. arbeitsvertraglichen Wertungen durch einen vollständigen Vorrang des Individualarbeitsrechts gelöst.[75]

---

69 Dazu Otte wie Fn. 68, S. 6 m.w.N. in Fn. 2; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 281 (Nichtzulassung des AN zur Arbeitsleistung unter Verweigerung der Lohnzahlung als schwere Vertragsverletzung des AG).

70 Zu diesen individualrechtlichen Sanktionen zählen insbes. fristlose Kündigungen wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung - dazu etwa Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 156 - u. Schadensersatzansprüche des AG (aus § 628 Abs. 2 BGB bzw. aus dem Gesichtspunkt des Schuldnerverzugs), vgl. z.B. Otte wie Fn. 68, S. 5. Zum Ganzen auch Arras, NJW 53, S. 242; Promberger, Arbeitskampf, S. 22; Zeuner, JZ 62, S. 425.

71 GewO v. 21.6.1869. Zum Inhalt dieser Vorschrift u. ihrer Geltung noch die Hinweise unten § 3, I., 2., a,.

72 Zu den Konsequenzen dieser Sichtweise für das Verhältnis des Arbeitskampfrechts zum GG noch näher unten § 3, I., 2., a,.

73 Vgl. dazu statt vieler die Darstellung bei Otte wie Fn. 68, S. 7 m.w.N. in Fn. 4 ff.

74 Vgl. die diesbezüglichen Hinweise bei BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I.1. a, d.G.; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 157; Otte wie Fn. 68, S. 10; Promberger, Arbeitskampf, S. 21; Schwerdtner, Jura 85, S. 20.

75 Von einem vollständigen Vorrang des Individualarbeitsrechts kann deshalb gesprochen werden, weil es wegen der Trennung von individueller u. kollektiver Ebene belanglos ist, ob es sich um - nach kollektivrechtlichen Grundsätzen - rechtmäßige oder rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen handelt; auch Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 98 bringt die individualrechtliche Arbeitskampftheorie auf diesen Nenner (Individualrecht geht vor Kollektivrecht).

b) Kollektivrechtliche Arbeitskampftheorie

Die kollektive Arbeitskampftheorie zeichnet sich - unabh. von ihren verschiedenen Spielarten[76] - dadurch aus, daß sie den Wertungswiderspruch zwischen Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht durch einen teilweisen Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen zu lösen versucht;[77] die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen wird kollektiv- u. individualrechtlich einheitlich beurteilt.[78] Eine einheitliche Begründung für diese Theorie existiert nicht.[79]

Dieser Ansatz verdankt seine Entstehung insbes. der wohl wesentlichsten Unzulänglichkeit der individualrechtlichen Arbeitskampftheorie; diese besteht m.E. in der nur sehr beschränkten Wirkung von Arbeitskampfmaßnahmen, bei denen vorher die Formalien ordnungsgemäßer Kündigungen eingehalten werden müssen.[80,81] Da sowohl AN als auch AG ge-

---

76 Dazu noch die Hinweise unten unter aa, u. bb,.

77 Ein teilweiser Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen liegt deshalb vor, da nur bei nach den Grundsätzen des Arbeitskampfrechts rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen keine individualrechtliche Arbeitsvertragsverletzung vorliegt, so deutlich z.B. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 4. d.G.; Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 184; Promberger, Arbeitskampf, S. 20.

78 Daraus erklärt sich wohl die Bezeichnung "Einheitstheorie" für diese Sichtweise, die überwiegend als Synonym zum Terminus "kollektive Arbeitskampftheorie" verwendet wird, vgl. etwa Bötticher, Waffengleichheit, S. 36 f.; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 177. Wie hier Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 13; Säcker, Gruppenautonomie, S. 382; Seiter, Streikrecht, S. 17.

79 Es existiert vielmehr eine Reihe verschiedener Begründungsversuche, die z.T. beim Arbeitsvertrag (unten unter aa,) oder bei systematisch dem Arbeitskampfrecht zuzurechnenden Aspekten (unter bb,) ansetzen.

80 Wie hier etwa BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 6. d.G.; Brox, FS für Nipperdey 1965, S. 62; ders., JA 80, S. 629; Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 173; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 934; Schwerdtner, Jura 85, S. 21; auch Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 157, der dies aber offenbar nicht als Nachteil ansieht u. daher Änderungen abl. gegenübersteht (so deutlich auf S. 161 f., wo Nikisch gegen die Einheitstheorie in der vom BAG vertretenen Variante Stellung nimmt); ähnl. ders., FS für Hedemann, S. 193 f.

81 Zudem entspricht eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses in solchen Fällen regelmäßig nicht dem Willen der AN, so zutr. BAG wie Fn. 80; Schaub, Handbuch, S. 1149.

genüber dem jeweils anderen Vertragsteil trotz der bestehenden Tendenz zur Vereinheitlichung insbes. im Verhältnis von Angestellten u. Arbeitern[82] auch gegenwärtig noch unterschiedlich lange Kündigungsfristen zu beachten haben, würde dies dazu führen, daß entweder nur ein verhältnismäßig geringer Teil von AN streiken oder ausgesperrt werden könnte oder aber diese Maßnahmen erst nach einem längeren Zeitraum in vollem Umfang durchgeführt werden könnten.[83] In beiden skizzierten Fällen wäre aber der auf den sozialen Gegenspieler ausgeübte Druck nur relativ gering. Im zuerst beschriebenen Fall würden dem AG nach wie vor genügend AN für den Einsatz im Produktionsprozeß zur Verfügung stehen bzw. könnte nur wenigen die Zahlung der Arbeitsvergütung verweigert werden. In der anderen skizzierten Situation könnten sich die sozialen Gegenspieler hinreichend auf die zu erwartende Auseinandersetzung vorbereiten.[84]

Ein weiteres Argument besteht darin, daß ein von außen betrachtet einheitliches Geschehen u.U. künstlich getrennt werden würde, falls man es einer differenzierten rechtlichen Bewertung unterzöge. Dieses Ergebnis erscheine jedenfalls auf den ersten Blick reichlich merkwürdig, da Kollektiv- u. Individualrecht im Arbeitsrecht sehr eng miteinander verknüpft seien.[85]

---

82 Vgl. dazu nur BVerfG v. 16.11.82, BVerfGE 62, S. 256 ff. (unterschiedliche Berücksichtigung der Beschäftigungsdauer bei Arbeitern u. Angestellten ist nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar).

83 Es würden somit Kampferklärung u. Kampfbeginn zeitlich auseinanderfallen, so zutr. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 177.

84 Dies würde tendenziell zur Folge haben, daß Arbeitskämpfe sehr viel länger dauerten, da die sozialen Gegenspieler die zu ihren Ungunsten bestehenden Risiken rechtzeitig vor Durchführung von konkreten Kampfmaßnahmen beseitigen oder zumindest minimieren könnten; der Wirkungsmechanismus des Arbeitskampfes, der darauf abzielt, den jeweiligen sozialen Gegenspieler durch Druckausübung zum Nachgeben zu zwingen, wäre hierdurch weitgehend zu vereiteln. Die hiergegen von Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 157 vorgetragenen Argumente überzeugen nicht: das Stattfinden einer Urabstimmung ermöglicht weder eine exakte Prognose, ob Arbeitskampfmaßnahmen tatsächlich stattfinden noch den konkreten Zeitpunkt ihres Einsatzes; ein zusätzlicher zeitlicher Spielraum für weitere Verhandlungen kann auch durch das Hinausschieben bereits beschlossener Kampfmaßnahmen gewonnen werden.

85 So Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 179 f.

Demgegenüber kommt m.E. dem Gesichtspunkt, beim Arbeitskampf stehe nicht das Handeln des einzelnen, sondern dasjenige eines Kollektivs im Vordergrund, so daß eine Beurteilung am Kollektivhandeln ansetzen müsse[86], keine überzeugende Beweiskraft zu. Unabh. davon, daß bei der Aussperrung von AN durch einen einzelnen AG das Vorliegen eines Kollektivaktes nicht ohne weiteres plausibel ist[87], bestehen innerhalb der kollektiven Arbeitskampftheorie, wie gleich zu skizzieren ist, auch Ansätze, die die Lösung des bestehenden Kollisionsproblems vom Arbeitsvertragsrecht her zu begründen versuchen.

aa) Arbeitsvertragliche Begründungsversuche

In diese Gruppe von Ansätzen sind insbes. folgende Vorschläge einzuordnen.[88]

Zunächst ist auf den Versuch hinzuweisen, aus dem Arbeitsvertrag eine rechtsgeschäftliche Befugnis zur Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen abzuleiten. Der AG müsse damit rechnen, daß seine gewerkschaftlich organisierten AN gegenüber ihrem Verband zur Treue verpflichtet seien. Ferner müsse ihm klar sein, daß beim (vorübergehenden) Fehlen von tariflichen Regelungen die Einleitung von Arbeitskampfmaßnahmen nicht ganz unwahrscheinlich ist. Diese Beziehungen müßten gem. § 157 BGB zum Inhalt der jeweiligen Arbeitsverträge gemacht werden, so daß bei Teilnahme an Streiks keine Vertragsverletzung vorliege.[89]

---

86 So z.B. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 176 f.

87 Worin das kollektive Element bei dieser Form der Aussperrung besteht, wird durchaus unterschiedlich beantwortet, vgl. etwa BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 2. d.G.; Bulla wie Fn. 85, S. 182 (bei solchen Aussperrungen werden mehrere AN als Gruppe passiv betroffen); Meissinger, DB 56, S. 1085 (auch einzelner AG bleibt im Arbeitskampf Sozialpartner im erweiterten Sinn).

88 Die folgende Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Hinzuweisen ist insbes. darauf, daß der arbeitsvertragliche Ansatz auch nach der bereits mehrfach zitierten Entscheidung des GS des BAG zur Begründung des Ergebnisses der Einheitstheorie herangezogen wurde, vgl. etwa Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 80 ff. (zu diesem Gedanken noch die Ausführungen unten 4. Teil, 2. Kap., III., 1., d, aa,); auch Zeuner, JZ 62, S. 426 ff.

89 Sog. Vertragstheorie, vgl. dazu Hessel, RdA 52, S. 49 f.; Hoeniger, RdA 53, S. 210.

Ferner wird erwogen, ob das Recht zur Arbeitsniederlegung nicht bereits aufgrund seines allgemeinen, durch die Rechtsordnung geprägten Typus aus dem Arbeitsvertrag fließt.[90]

Schließlich wird vertreten, daß es einem einzelnen AN beim gewerkschaftlichen Streik nicht zumutbar sei, vorher ordnungsgemäß zu kündigen, da man ihm die Arbeitsniederlegung wegen der vorher stattgefundenen Urabstimmung mit Mehrheitsbeschluß nicht zurechnen könne.[91]

bb) Arbeitskampfrechtliche Begründungsversuche

In diese Kategorie fällt der Versuch, aus diversen Vorschriften des Landesverfassungsrechts[92] sowie des GG[93] privatrechtliche Wirkungen abzuleiten, die u.a. auch zu einer Rechtfertigung der durch Arbeitsniederlegung herbeigeführten Vertragsverletzungen führen sollen.[94]

Ferner wird das Recht zur Arbeitsniederlegung als eine Art Selbsthilferecht i.w.S. angesehen. Dieses soll als subjektiv-öffentliches Recht in das Privatrecht ausstrahlen u. einen Rechtfertigungsgrund beim erlaubten Streik darstellen.[95]

---

90 So LAG München v. 28.6.54, BB 54, S. 836; Hessel, RdA 52, S. 49 f. (unmittelbares Streikrecht des einzelnen AN ergibt sich unmittelbar aus seinem Arbeitsverhältnis); ders., DB 58, S. 838; Meissinger, NJW 55, S. 973.

91 Dazu im einzelnen Schnorr, AuR 53, S. 195 f.

92 Vgl. dazu auch noch die näheren Hinweise unten § 3, I., 1., c, sowie Fn. 556.

93 Dabei spielt insbes. der Gewährleistungsinhalt von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG eine wichtige Rolle, vgl. etwa Frey, AuR 53, S. 291; Müller, RdA 51, S. 248 (Arbeitseinstellung als Kampfmittel einer Koalition von AN).

94 Vgl. dazu etwa LAG Bayern v. 26.10.53, AuR 54, S. 382; Hessel, BB 51, S. 86; Meissinger, DB 56, S. 1085; Müller wie Fn. 93, S. 248 f.; Nipperdey, SJZ 49, S. 816; Seipp, BlStSozArbR 52, S. 367.

95 So Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht 2. Aufl., S. 322.

Einige Autoren stellen eine Verbindung zwischen TV-Recht u. Streik her: Dieser sei wegen des der Arbeitsverfassung zugrunde liegenden Gedankens des freien Spiels der gesellschaftlichen Kräfte für das Funktionieren des TV-Systems unentbehrlich, so daß seine Ausübung nicht als Arbeitsvertragsverletzung sanktioniert werden dürfe.[96,97]

Schließlich wird der Vorrang des Arbeitskampfrechts mit dem zweiseitig kollektiven Wesen des Arbeitskampfes begründet. Dieser soweit ersichtlich zuerst von BULLA in Auseinandersetzung mit der individualrechtlichen Arbeitskampftheorie entwickelte Ansatz[98] knüpft an folgende Überlegungen an.[99]

Im Arbeitsrecht seien kollektiv- u. individualrechtliche Elemente eng miteinander verflochten. Von einer Frontenstellung dieser beiden Komponenten, wie sie von den Vertretern der klassischen Auffassung behauptet würde, könne nicht ausgegangen werden. Der Arbeitskampf sei als kollektivrechtliches Institut in den kollektiven Bereich des Arbeitsrechts einzuordnen. Mangels gesetzlicher Regelung könne seine Kollision mit arbeitsvertraglichen Wertungen nur einheitlich gelöst werden. Hierfür sowie für die Einordnung des Arbeitskampfes in die Rechtsordnung sei das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes maßgebend.

Sowohl Streik als auch Aussperrung hätten eindeutig kollektiven Charakter. Beim Streik handelten Mehrheiten von AN als soziale Gruppe; der Streik als gemeinsam gewollte Entziehung der Arbeitskraft zur Er-

---

96 Vgl. dazu etwa Frey, AuR 53, S. 291 f.; Hessel, RdA 52, S. 48; Hoeniger, RdA 53, S. 206 ff.; Kraft, RdA 68, S. 292; Müller, RdA 51, S. 248 f.

97 Die eben skizzierten Begründungen konnten sich bislang nicht durchsetzen, vgl. den diesbezüglichen Hinweis bei Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 80. Zu den verschiedenen, hier nicht näher zu erörternden Argumentationslinien des arbeitsvertraglichen Ansatzes der Überblick bei Promberger, Arbeitskampf, S. 67 ff.

98 Vgl. Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 172 ff.

99 Vgl. zum folgenden Bulla wie Fn. 98, S. 179 ff.

reichung bestimmter Kampfziele sei als Kollektivakt wesenshaft verschieden von der Summe der gemeinsamen Einzelhandlungen. Daher könne einem einzelnen AN eine streikweise Arbeitsniederlegung nicht als Individualhandlung zugerechnet werden. Diese Grundsätze sollen entsprechend auch für die Aussperrung Geltung beanspruchen.[100]

Der Arbeitskampf trete auf zwei verschiedenen, aber kongruenten Ebenen in Erscheinung. Einerseits als Kampfzustand, andererseits als Gesamthandeln vieler oder gegen viele zur Bewirkung des Kollektivaktes, der aus einer Vielzahl gemeinschaftlicher u. gleichgerichteter Einzelhandlungen bestehe.[101] Diese beiden Aspekte des Arbeitskampfes seien identisch u. in ihrem kollektiven Wesen nicht voneinander zu trennen; es handele sich um zwei Seiten eines kollektiven Phänomens, so daß eine gesonderte individualrechtliche Behandlung der Vielzahl von Einzelakten abgelehnt werden müsse.

Das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes führe zur Verdrängung wesensfremd entgegenstehener vertraglicher Bindungen. Während die tarifliche Friedenspflicht nicht in diese Kategorie vertraglicher Bindungen falle, sei dies für die arbeitsvertraglichen Pflichten zu bejahen. Diese würden - soweit es sich um die Hauptpflichten handelt[102] - für die Dauer eines Arbeitskampfes suspendiert[103], so daß es insoweit an einem Ansatzpunkt für individualrechtliche Sanktionen fehle.[104] Diese Suspendierung ergebe sich allein aus dem zweiseitig kollektiven Wesen des Arbeitskampfes u. nicht etwa aus dem Satz "Kol-

---

100 Zur Begründung des kollektiven Charakters von Aussperrungen durch einen einzelnen AG von Bulla bereits der Hinweis oben in Fn. 87.

101 In diesem Phänomen sieht Bulla wie Fn. 98, S. 183 das zweiseitig kollektive Wesen des Arbeitskampfes.

102 Zur Beschränkung der suspendierenden Wirkung auf die Hauptpflichten des Arbeitsvertrages - Arbeitspflicht des AN; Lohnzahlungspflicht des AG - ausdrücklich Bulla wie Fn. 98, S. 187.

103 Zu Begriff u. Rechtsfolgen der Suspendierung etwa Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 19 sowie in dieser Arbeit unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, I.

104 Bulla wie Fn. 98, S. 187 nennt als Beispiele die fristlose Kündigung streikender AN u. die Lohnzahlungspflicht aussperrender AG aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.

lektivrecht geht vor Individualrecht".[105] Wegen des Grundsatzes der Kampfparität gelte die Suspendierungswirkung sowohl für Streiks als auch für Aussperrungen.[106]

cc) Die Einheitstheorie des BAG

Das BAG[107] ist unter Ablehnung insbes. eines verfassungsrechtlichen Ansatzes[108] i.w. den eben skizzierten Gedankengängen BULLA's gefolgt.[109] Eine signifikante Abweichung liegt nur insofern vor, als der Aussperrung nicht lediglich suspendierende Wirkung zugeschrieben wird. Unter Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung dieser Arbeitskampfmaßnahme soll sie vielmehr auch zur Lösung[110] der betroffenen Arbeitsverhältnisse führen können.[111] Eine allgemeine Wiedereinstellungspflicht des AG nach Beendigung einer lösenden Aussperrung wird abgelehnt, diese Maßnahme wird in das unternehmerische Ermessen des AG gestellt.[112]

---

105 So ausdrücklich Bulla wie Fn. 98, S. 187.

106 Zu Begriff, Inhalt u. Bedeutung der Kampfparität ausf. in anderem Zusammenhang unten § 3, III., 4., b,.

107 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf".

108 Vgl. BAG wie Fn. 107, unter I. 2. d.G. sowie die diesbezüglichen Hinweise bei Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 10 f.; Schwerdtner, Jura 85, S. 20; Seiter, Streikrecht, S. 15 f. Dies bedeutet v.a., daß weder landesverfassungsrechtlichen (dazu die Nachw. oben in Fn. 52) noch GG-Normen (insbes. Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 3 GG) privatrechtliche Bedeutung zukommen soll.

109 Der eher beiläufige Hinweis des BAG wie Fn. 107, unter I. 6. d.G. auf die Übereinstimmung seines gewonnenen Ergebnisses mit den Grundsätzen der Sozialadäquanzlehre hat keine selbständige Bedeutung; vielmehr kommt diesem Argument allenfalls der Charakter einer Hilfsbegründung zu (vgl. dazu noch die Ausführungen unten unter II., 2., d,).

110 Lösung verstanden als Auflösung, Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

111 Vgl. BAG wie Fn. 107, unter II. 3. d.G.; ferner den entsprechenden Hinweis bei Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 161. Zust. Nüss, NJW 61, S. 1958.

112 Vgl. BAG wie Fn. 107, unter III. 3. d.G. Etwas anderes gilt selbstverständlich dann, wenn die sozialen Gegenspieler nach Be-

Die Ausführungen des BAG zum Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht lassen sich in folgende drei Leitsätze zusammenfassen:[113]

Der Arbeitskampf ist eine einheitliche kollektive Handlung.
Diese Handlung muß einheitlich, d.h. kollektivrechtlich ebenso wie individualrechtlich bzw. umgekehrt bewertet werden.
Für die rechtliche Bewertung ist die kollektive Ebene maßgebend, diese geht der Bewertung nach individualrechtlichen Grundsätzen vor.[114]

2. Anwendbarkeit der Einheitstheorie im Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht.

Die Verwendung der Einheitstheorie zur Lösung des in dieser Untersuchung im Mittelpunkt stehenden Kollisionsproblems würde m.E. kumulativ das Vorliegen folgender Vor. erfordern. Das Ergebnis dieser Theorie - teilweiser Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Arbeitsvertragsrecht - müßte zumindest überwiegende Zustimmung bzw. Billigung gefunden haben. Die dogmatischen Grundlagen dieser Sichtweise müßten als zutr. anzusehen, d.h. zur Begründung des Ergebnisses geeignet sein. Es müßten Parallelen zwischen Arbeitsvertragsrecht u. Schuldrecht bestehen, die eine - u.U. teilweise - Heranziehung der Einheitstheorie gebieten bzw. es dürfen einer solchen Übertragung keine zwingenden Gründe entgegenstehen.

---

endigung eines Arbeitskampfes in den TV zugunsten lösend ausgesperrter AN eine sog. Wiedereinstellungsklausel aufnehmen. Wiedereinstellungsklauseln zählen ebenso wie die in anderem Zusammenhang erwähnten Schadensverzichtsklauseln (oben 2. Teil, Fn. 256) zu den sog. Nebenfolgenklauseln, die nach Beendigung von Arbeitskämpfen häufig von den TV-Parteien vereinbart werden; vgl. zum Inhalt solcher Klauseln sowie zu ihrer Zulässigkeit etwa Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 214 ff.; Zöllner, Maßregelungsverbote, S. 1 ff. u. S. 27 ff.

113 Vgl. zum folgenden Seiter, Streikrecht, S. 19; ähnl. auch Kraft, RdA 68, S. 435.

114 Diese drei Leitsätze stellen zusammengefaßt eine von drei dogmatischen Grundentscheidungen des GS dar, nämlich Ablehnung eines subjektiven Streikrechts, einheitliche Betrachtung des Arbeitskampfes u. Verbindung der Einheitstheorie mit dem Deliktsrecht; vgl. zum Ganzen ausf. Seiter wie Fn. 113, S. 15 ff.

a) Resonanz zum Ergebnis der Einheitstheorie

Das Gesamtergebnis dieses Konstrukts, der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Arbeitsvertragsrecht, hat soweit ersichtlich ganz überwiegend Zustimmung gefunden.[115] Das BAG hat diese zentrale Aussage in mehreren weiteren Entscheidungen bestätigt[116], die Instanzgerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit[117] u. auch das BSG[118] haben diese Sichtweise ebenfalls übernommen.

Demgegenüber hat insbes. die diff. Bewertung der Folgen von Streiks u. Aussperrungen für arbeitsvertragliche Verpflichtungen Kritik erfahren.[119] Diese Kritik ist aber durch eine weitere Grundsatzentscheidung des GS des BAG[120] wohl größtenteils obsolet geworden u. braucht

---

115 Vgl. statt vieler Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 154; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 177; Dietz, FS für Herschel 1955, S. 47 f.; ders., JuS 68, S. 8; Erman/Küchenhoff, BGB, § 611, Rdnr. 108; Fabricius, RdA 62, S. 95 ff., insbes. S. 98, S. 100 u. S. 101; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 932 f.; Isele, FS für Molitor, S. 111; Säcker, DB 69, S. 1942; ders., Gruppenautonomie, S. 382; Schaub, Handbuch, S. 1148 f.; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 71 ff.; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 385; vgl. auch den diesbezüglichen Hinweis bei Promberger, Arbeitskampf, S. 21. Abl. etwa Böttcher, Waffengleichheit, S. 36 ff., insbes. S. 38 f.; Bydlinski, ÖZöffR Band VIII, S. 326 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht II, insbes. S. 162 (der von den sozialen Gegenspielern Rücksichtnahme auf die arbeitsvertraglichen Bindungen ihrer Mitglieder fordert).

116 Vgl. insbes. BAG v. 5.9.55, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 1 R.; BAG v. 29.9.55, AP Nr. 4 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 2. d.G.

117 Vgl. etwa die Nachw. bei Fabricius, RdA 62, S. 95 Fn. 6.

118 Vgl. BSG v. 9.7.63, AP Nr. 30 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", insbes. Bl. 3 R. f.; BSG v. 15.12.71, AP Nr. 46 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 5. d.G.

119 Vgl. etwa Fabricius wie Fn. 117, S. 101; Brox, FS für Nipperdey 1965, S. 65 ff.; Promberger, Arbeitskampf, S. 98 ff.; Rüthers, AuR 67, S. 134 f.; ders., DB 69, S. 968 ff. Gegen unmodifizierte Suspendierung Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 937 ff.; für Zulässigkeit der lösenden Aussperrung auch Dietz, JuS 68, S. 8 f.; Richardi, RdA 70, S. 72.

120 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter Teil III C. 1. d.G. (im Regelfall nur suspendierende Wirkung von Aussperrungen); zust. Schwerdtner, Jura 85, S. 23; dazu auch Däubler, AuR 81, S. 261 (lösende Aussperrung ist seit den Aussperrungsurteilen des BAG v. 10.6.80 obsolet).

daher hier nicht nochmals aufgegriffen werden. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß auch die Möglichkeit zur Suspendierung einzelarbeitsvertraglicher Pflichten bei rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen als gesicherte Erkenntnis gilt.

b) Bewertung der dogmatischen Grundlagen der Einheitstheorie

Die Begründungen dieser Theorie haben überwiegend einen sehr kritischen Widerhall erfahren[121] u. zur Suche nach Alternativen für die dogmatische Stützung dieser Lehre geführt. Die Kritik erstreckt sich auf sämtliche der oben aufgeführten zentralen Leitsätze des BAG.

aa) Kritik an der These der Qualifikation von Arbeitskampfmaßnahmen als kollektive Handlungen

Bereits die unklare Verwendung der Termini "kollektiv" u. "kollektivrechtlich" hat zu Widerspruch geführt; dies stehe mit der systematischen Einordnung des Arbeitskampfes in die beiden Kategorien des kollektiven sowie des individuellen Arbeitsrechts nicht im Einklang.[122]

Ferner ist in diesem Zusammenhang das Verhältnis von kollektiven u. individuellen Handlungen anzusprechen. Abgesehen davon, daß die Ein-

---

121 Vgl. dazu z.B. Brox, FS für Nipperdey 1965, S. 62 ff.; Bydlinski, ÖZöffR Band VIII, S. 325 f.; Löwisch, Deliktsschutz, S. 202 f.; Nikisch, FS für Hedemann, S. 198 ff.; Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 13 ff.; Promberger, Arbeitskampf, S. 27 f.; Ramm, AuR 64, S. 132 ff. (Fehlen einer verfassungsrechtlichen Argumentation); Richardi, RdA 70, S. 67 (Fehlen einer normativen Begründung); Seiter, Streikrecht, S. 20 ff.; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 259 ff.; in anderem Zusammenhang auch Buchner, Gewerbebetrieb, S. 155 (Begründung des Ergebnisses der Einheitstheorie mit dem von Zeuner, JZ 62, S. 426 ff. entwickelten arbeitsvertraglichen Begründungsversuch).

122 Vgl. Seiter wie Fn. 121, S. 20 f. Seiter (S. 21) weist m.E. zutr. darauf hin, daß nur Verbandsarbeitskämpfe ins kollektive Arbeitsrecht eingeordnet werden könnten, wenn man der Sichtweise des BAG bzw. von Bulla folgen wollte. Dem stehe aber entgegen, daß z.B. auch wilde Streiks (zum Begriff noch näher unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (5.)), die nicht von einem Kollektiv (Gewerkschaft) geführt werden, von der h.M. als Element des kollektiven Arbeitsrechts behandelt würden.

heitstheorie nicht in der erforderlichen Klarheit angibt, auf welche Kollektivhandlung abzustellen ist[123], sind beide denkmöglichen Auffassungen, welches Subjekt Träger der jeweiligen Kollektivhandlung sein soll[124], angreifbar. Das Zusammenwirken einzelner AN wird dadurch entwertet, daß die streikweise Arbeitsniederlegung dem einzelnen AN nicht zuzurechnen sein soll.[125] Diese Sichtweise steht sowohl mit dem privatrechtlichen Vertragsrecht als auch mit dem Deliktsrecht im Widerspruch, da dort regelmäßig auf das Handeln eines oder mehrerer Individuen abgestellt wird.[126] Gegen die Auffassung, daß beim Arbeitskampf Verbände handelten, spricht v.a., daß weder rechtsfähige noch nicht-rechtsfähige Gebilde handlungsfähig sind; diese Fähigkeit kommt vielmehr immer nur natürlichen Personen zu.[127] Da zudem nur unter den Vor. von § 31 BGB eine Zurechnung des Handelns derartiger Personen auf Verbände begründet werden kann, scheidet eine Erfassung streikender AN bzw. aussperrender AG ohnehin von vornherein aus, da diese nicht Organe der jeweiligen Verbände sind[128] bzw. nicht in dieser Eigenschaft handeln. Wenn auch zuzugeben ist, daß das nach außen in Erscheinung tretende Gesamthandeln mehr ist als die Summe der daran beteiligten Einzelhandlungen, so können diese dennoch nicht völlig in der Gesamthandlung aufgehen u. keine selbständige Bedeutung mehr haben.[129] Außerdem weist diese sozialempirische Argumentation

---

123 Insbes. das BAG legt nicht hinreichend deutlich klar, ob es auf den Streikbeschluß u. die Aufforderung zur Arbeitsniederlegung oder aber auf die gemeinsame Arbeitsniederlegung selbst ankommen soll, vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 5. d.G. (Streik als Kampfbeschluß u. Kampfzustand).

124 Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 181 versteht darunter das Zusammenwirken mehrerer einzelner Personen; Ramm, JuS 66, S. 228 demgegenüber das Handeln eines Subjekts des kollektiven Rechts (z.B. einer Gewerkschaft).

125 So Bulla wie Fn. 124, S. 181 f. (streikweise Arbeitsniederlegung als Kollektivhandeln von Mitgliedern einer Gruppe).

126 Dazu ausf. Seiter, Streikrecht, S. 23 f.

127 Vgl. etwa Brox, BGB AT, S. 278 u. S. 288; Larenz, BGB AT, S. 130 f. u. S. 150.

128 So richtig Seiter wie Fn. 126, S. 25.

129 Zutr. Kraft, RdA 68, S. 291; Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 13 f. Gegen die hiervon abw. Sicht etwa von Bulla wie Fn. 124 u. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 931

einen eklatanten Widerspruch auf: Wenn nämlich das Gesamthandeln vom individuellen Handeln völlig unabh. wäre, dann dürfte ein nach den Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts rechtswidriger Arbeitskampf nicht von vornherein zur Rechtswidrigkeit der individuellen Handlung(en) führen.[130]

bb) Kritik an der These der notwendigen einheitlichen Bewertung von kollektiven und individuellen Handlungen

Gegen diese These wird eingewendet, ein u. dieselbe Handlung könne nach den Wertungen verschiedener Teilrechtsgebiete im Hinblick auf Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit durchaus unterschiedlich beurteilt werden.[131] Wenn man den Anhängern der Einheitstheorie konsequent folgen würde, so müßten diverse Wertungswidersprüche entweder in Kauf genommen oder aber beseitigt werden. Insbes. müßte begründet werden, warum die Aufforderung einer Gewerkschaft zur Arbeitsniederlegung ohne vorherige Kündigung der Arbeitsverträge nicht die Vor. von

---

(Handeln eines einzelnen AN kommt im Streik faktisch - real keinerlei selbständige Bedeutung zu) spricht v.a., daß eine soziale Gruppe nur duch ihre einzelnen Mitglieder zu handeln vermag, so richtig Zeuner, JZ 62, S. 426; diese Ansicht steht insbes. auch mit der soziologischen Betrachtung der sozialen Gruppe im Einklang, die einhellig als eine Mehrheit von Individuen verstanden wird, vgl. z.B. Fuchs u.a., Lexikon, S. 256.

130 Vgl. dazu die zutr. Hinweise bei Otte wie Fn. 129, S. 14 f. Die These vom Arbeitskampf als kollektiver Handlung ist somit isoliert betrachtet nicht geeignet, das spätere Ergebnis der Einheitstheorie zu begründen, sondern bedarf von vornherein der Ergänzung durch die im folgenden noch zu untersuchenden Thesen u. damit einer rechtlichen Wertung des sozialempirischen Geschehens.

131 Seiter, Streikrecht, S. 29 weist darauf hin, daß die unterschiedliche Beurteilung einer Handlung im Vertrags-, Delikts- u. Strafrecht nicht als Gefährdung der Einheit der Rechtsordnung angesehen werden könne; ebenso in anderem Zusammenhang Engisch, Einheit, S. 58 (unterschiedliche Folgen für konkretes Unrecht oder Unrecht bestimmter Art möglich trotz Notwendigkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit anhand der gesamten Rechtsordnung). Vgl. zum Ganzen auch Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 162 (dualistische Beurteilung der Rechtmäßigkeit ein u. desselben Vorgangs ist nicht zu beanstanden).

§ 826 BGB erfüllt[132], sondern als rechtmäßig angesehen wird.[133]

Außerdem wird auf den Fall hingewiesen, wo eine Gewerkschaft unter Verletzung der tariflichen Friedenspflicht AN zur Kündigung ihrer Arbeitsverträge auffordert.[134] Das Dogma der notwendigen einheitlichen Bewertung müßte dazu führen, daß entweder wegen der Verletzung des TV auch ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten bejaht werden muß, obwohl ordnungsgemäß gekündigt wurde oder aber die fehlende Arbeitsvertragsverletzung auch zur Ablehnung der Rechtswidrigkeit der TV-Verletzung führen müßte.[135] Diese Zusammenhänge werden aber von den Vertretern der Einheitstheorie nicht näher analysiert. Vielmehr wird in diesen Fällen ein Vorrang der kollektivrechtlichen Bewertung postuliert, d.h. das Dogma der notwendigen einheitlichen rechtlichen Bewertung ist ohne Ergänzung durch die dritte, im folgenden zu behandelnde These wiederum von vornherein gar nicht haltbar.

cc) Kritik an der These vom Vorrang der kollektivrechtlichen Bewertung

Gegen die Tragfähigkeit dieses Gesichtspunkts spricht bereits, daß nicht nur jede Begründung für den angeblichen Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen fehlt[136], sondern das BAG selbst dem Satz

---

132 Befürwortend z.B. Fabricius, RdA 62, S. 97; Richardi, RdA 66, S. 247 (der allerdings die Vor. für einen Eingriff in das Recht am Unternehmen erfüllt sieht). Vgl. auch den Hinweis bei Promberger, Arbeitskampf, S. 27.

133 So wohl BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 4. d.G. (m.w.N.); auch Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 184 geht offenbar stillschweigend davon aus, daß der Aufruf zur Teilnahme an einem nach den Wertungen des kollektiven Arbeitsrechts rechtmäßigen Streik durch eine Gewerkschaft deliktsrechtlich irrelevant sei.

134 Zur Bedeutung der Friedenspflicht für die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen noch unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

135 Dazu im einzelnen Seiter, Streikrecht, S. 31; ähnl. wohl auch Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 14 f. (unter Hinweis auf die Trennung von Kollektivhandlung u. individuellen Handlungen).

136 So zutr. etwa Promberger, Arbeitskampf, S. 26 f.; grundsätzlich auch Krejci, Aussperrung, S. 129, S. 131 u. S. 135.

"Kollektivrecht oder Verbandsrecht geht vor Vertragsrecht oder Verbandstreue geht vor Vertragstreue" eine deutliche Absage erteilt hat.[137] Das BAG hat zudem seine Prämisse in einer späteren Entscheidung selbst in Frage gestellt, indem es bei der Bejahung der Rechtswidrigkeit von wilden Streiks die Begründung hierfür z.T. auch aus der individualrechtlichen Ebene abgeleitet hat.[138] Wenn diese Vorgehensweise auch mit der vom BAG verfolgten Linie der Zurückdrängung verbandsfreier Druckausübung mit individualrechtlichen Mitteln[139] in Einklang stehen mag, so wird doch andererseits ein offensichtlicher Widerspruch zur These vom Vorrang des kollektiven Arbeitsrecht erzeugt u. diese These fallweise gerade in ihr Gegenteil verkehrt.

Neben der fehlenden Tragfähigkeit der drei grundlegenden Prämissen der Einheitstheorie bestehen gegen diesen Ansatz noch weitere erhebliche Bedenken. So soll die dem gewerkschaftlichen Streikbeschluß bzw. Streikbefehl zugeschriebene suspendierende Wirkung der arbeitsvertraglichen Arbeitspflicht im Widerspruch zur im Tarifrecht bestehenden Tendenz zum Schutz der Individualsphäre vor kollektiven Eingriffen stehen.[140] Außerdem wird auf erhebliche Widersprüche zwischen der Einheitstheorie u. der Rechtsstellung der Außenseiter hingewiesen.[141]

---

137 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf, unter I. 5. d.G.; der Vorrang des Arbeitskampfrechts wird vielmehr mit dem "Wesen des Arbeitskampfes" zu untermauern versucht.

138 Vgl. BAG v. 20.10.63, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 3. f, d.G. (Notwendigkeit zur Einengung der zur Suspendierung der Arbeitspflicht berechtigenden Fälle) sowie den entsprechenden Hinweis bei Otte wie Fn. 135, S. 15 f.

139 Zu dieser - neben der Privilegierung des Tarifarbeitskampfes - zentralen Leitlinie der BAG-Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht ausf. Seiter wie Fn. 135, S. 9 ff.

140 Vgl. etwa Bydlinski, ÖZöffR Band VIII, S. 325; Seiter wie Fn. 135, S. 32 f.; grundsätzlich im Ergebnis wohl auch Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 161 f. (Übersteigerung des Kollektivgedankens u. Gefahr der Vernichtung der Persönlichkeit des Individuums durch die Einheitstheorie). Allgemein zu den Schranken von kollektiven Gestaltungen individueller Rechtsbeziehungen näher G. Hueck, FS für Molitor, S. 205 ff.

141 Dazu die Hinweise bei Seiter wie Fn. 135, S. 37 ff. m.w.N. Allgemein zur Rechtsstellung der Außenseiter im Arbeitskampf der Überblick von Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 177 ff. m.w.N. in Fn. 10 ff.

Ohne diese beiden eben erwähnten grundsätzlichen Problembereiche hier näher erörtern zu können, sprechen m.E. für die Richtigkeit dieser Überlegungen folgende Hinweise. Es ist in der Tat ein offensichtlicher Widerspruch, wenn man wegen der noch aufzuzeigenden engen Verknüpfung von TV- u. Arbeitskampfrecht[142] das Verhältnis von kollektiven u. individuellen Einflüssen bzw. Rechten nahezu konträr sehen wollte. Die Einräumung derart weitgehender Verbandsbefugnisse wird außerdem der verfassungsrechtlichen Rechtslage nicht gerecht, die dem Individuum tendenziell einen umfassenderen Schutz durch Gewährleistung von individuellen Rechten u. Rechtspositionen gewährt als den sozialen Verbänden; hierauf wird bei der Erörterung des Inhalts von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, insbes. im Zusammenhang mit dem dort vorhandenen Verhältnis von individuellen u. kollektiven Gewährleistungen noch zurückzukommen sein.[143]

c) Verbleibende Bedeutung der Einheitstheorie für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

Aus den zahlreichen hier nur skizzierten Mängeln der dogmatischen Grundlagen der Einheitstheorie folgt m.E., daß von einer Heranziehung dieser Lehre zur Lösung des in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehenden Kollisionsproblems Abstand zu nehmen ist. Darüberhinaus ist darauf hinzuweisen, daß die Befürworter dieses Ansatzes selbst ausdrücklich nur auf das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht Bezug nehmen u. eine Verallgemeinerung des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts ablehnen. Dem Grundsatz, daß Verbandsrecht vor Einzelvertragsrecht gehen soll, wird also nur ein beschränkter Geltungsbereich zugesprochen.[144] Diese Zurückhaltung ist zunächst ange-

---

142 Dazu noch näher unten § 3, I., 2., d,.

143 Unten § 3, I., 2., e, bb,.

144 Es mag daher zunächst dahinstehen, ob ein Vorrang des Arbeitskampfrechts vor Teilrechtsgebieten mit individuellem Charakter überhaupt mit allgemeingültigem Anspruch festgelegt werden u. mit welcher Begründung dies ggf. erreicht werden kann; gegen eine solche Allgemeingültigkeit wohl Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 15; Rüthers, AuR 67, S. 129; Seiter wie Fn. 135, S. 31; a.A. offenbar Hohenester, Grenzen der Streikfreiheit, S. 43 (keine Begrenzung der Streikfreiheit durch Bindung an Einzelar-

bracht, da trotz diverser Parallelen zwischen Arbeitsvertragsrecht u. dem hier v.a. bedeutsamen allgemeinen Schuldrecht[145] auch grundsätzliche Unterschiede bestehen.[146] Zudem sind die Rechtsbeziehungen von u. gegenüber kampfunbeteiligten aber kampfbetroffenen Dritten im hier verstandenen Sinne nicht arbeitsrechtlicher, sondern allgemein privatrechtlicher Natur;[147] sie stehen somit insoweit im Gegensatz sowohl zum Arbeitskampfrecht als auch zum Arbeitsvertragsrecht, die beide systematisch Teil des Arbeitsrechts sind, das wegen seiner nicht nur privatrechtlichen Elemente z.T. zutr. als Sonderrechtsgebiet angesehen wird.[148]

Gleichwohl darf andererseits nicht übersehen werden, daß auch nicht nur nebensächliche Gemeinsamkeiten bestehen. Dies gilt insbes. im Hinblick auf die bei beiden Konstellationen fehlende gesetzliche Lösung der bestehenden Kollisionslage[149] zwischen den jeweils beteiligten Teilrechtsgebieten. Ferner handelt es sich in beiden Fällen um Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen, d.h. um identische Ursachen von eintretenden Drittwirkungen.[150]

Daraus folgt, daß einzelne Rechtsfolgen der Einheitstheorie dann zumindest entsprechend anwendbar sein könnten, wenn es gelänge, eine tragfähige konstruktive Begründung zu finden, die nicht auf spezifisch

---

beitsverträge u. Vorschriften über unerlaubte Handlungen bei sozialadäquaten Streiks).

145 Zu den in dieser Arbeit relevanten Rechtsfolgen des Schuldrechts bereits oben 2. Teil (S. 63 ff.) sowie unten § 3, II. 1.

146 Vgl. dazu nur die anerkannten Durchbrechungen des auf § 323 Abs. 1 BGB beruhenden Grundsatzes "ohne Arbeit kein Lohn"; zum Ganzen etwa die Hinweise bei Ehmann/Schnauder, Jura 83, S. 181; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 190 ff.

147 Dazu bereits der Hinweis oben 1. Teil (S. 57).

148 So etwa Söllner, Arbeitsrecht, S. 1 f.; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 1; vgl. auch Reuter, FS für Hilger und Stumpf, S. 593.

149 So zutr. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 955 (allerdings unter voreiliger Ableitung weitergehender Folgerungen).

150 Zur Kausalität von Arbeitskampfmaßnahmen für Eingriffe in Rechte kampfunbeteiligter Dritter die Hinweise oben 2. Teil (S. 70 u. Fn. 44).

arbeitsvertragliche Besonderheiten fixiert ist.[151] In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, daß ein wesentliches Ergebnis der Einheitstheorie, die Möglichkeit der Suspendierung einzelvertraglicher Pflichten in den Fällen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen nahezu einhellige Zustimmung erfahren hat.[152] Dieser Gesichtspunkt hat wesentliche Bedeutung für die bereits in anderem Zusammenhang allgemein behandelte Frage nach der Anwendbarkeit von §§ 278, 831 BGB auf streikende AN.[153] Folgt man den arbeitsrechtlichen Ansätzen u. erkennt damit eine Beeinflussung des Schuldrechts durch arbeitskampfrechtliche Wertungen an, so folgt daraus, daß bei rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen eine Zurechnung des Handelns streikender AN über §§ 278, 831 BGB auf die jeweiligen AG abzulehnen ist. Wenn die Arbeitspflicht solcher AN zulässig suspendiert wurde, so fehlt es in solchen Fällen selbstverständlich an deren Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfeneigenschaft.[154]

Festzuhalten bleibt zunächst an dieser Stelle, daß eine Lösung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht nicht nach den Grundsätzen der Einheitstheorie in der oben dargestellten Form erfolgen kann.[155] Offen bleiben kann zunächst, ob die Lösung dieser Kollision wirklich weniger durch Wertungen des GG determiniert ist als im Falle der Wertungswidersprüche von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsver-

---

151 Insoweit bietet sich insbes. ein verfassungsrechtlicher Ansatz an, da aus dem GG bzw. aus den Verfassungen einzelner Bundesländer ableitbare Wertungen von Besonderheiten unterhalb der verfassungsrechtlichen Ebene einzuordnenden Rechtsquellen jedenfalls grundsätzlich unabh. sind. Somit könnten auf diesem Weg evtl. übergeordnete Gesichtspunkte gewonnen werden, die sowohl im Arbeitsvertragsrecht als auch im Schuldrecht anwendbar sind, vgl. dazu etwa den Hinweis von G. Hueck, FS für Molitor, S. 204 f. (Maßgeblichkeit des GG für die gesamte Rechtsordnung u. damit auch für das Arbeitsrecht). Zu solchen Überlegungen im einzelnen die Ausführungen unten 4. Teil, 2. Kap., III., 1., d,.

152 Oben unter a, (S. 142, Fn. 115).

153 Dazu näher die Hinweise oben 2. Teil (S. 72 ff. u. S. 92).

154 Wie noch zu zeigen sein wird, führt dieses Ergebnis nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung kampfunbeteiligter Dritter.

155 Wie hier Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 955; im Ergebnis auch Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 12 ff. (mit z.T. fehlerhaften Hinweisen u. unzutr. Begründungsversuchen).

tragsrecht[156], da zunächst die unmittelbare Verwertbarkeit anderer Ansätze zu prüfen bleibt.

II. Die Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre zur Lösung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

Etwas häufiger als die eben behandelte Einheitstheorie wird die Sozialadäquanzlehre zur unmittelbaren Begründung eines (teilweisen) Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht herangezogen. Im Gegensatz zur Einheitstheorie wird die Tragfähigkeit dieser Konstruktion von deren Vertretern bejaht.[157]

Dabei ist bereits vorab klarzustellen, daß die Lösung der Kollision von Teilrechtsgebieten nicht Hauptanwendungsfall der Sozialadäquanzlehre ist. Diese Figur hat vielmehr - zunächst unabh. von ihren differenten Verwendungen in der Rechtsdogmatik[158] - die Überprüfung von rechtserheblichen Handlungen im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit den Ordnungen des Gemeinschaftslebens als zentralen Gegenstand.[159] Aus der sozialen Adäquanz bzw. Inadäquanz werden sodann Folgerungen insbes. im Hinblick auf Tatbestandsmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit solcher Handlungen abgeleitet.[160] Gleichwohl ist es m.E. begründet, die Sozialadäquanzlehre auch an dieser Stelle aufzugreifen, da sie einige Autoren ausdrücklich oder konkludent mit der Frage nach dem Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht in Verbindung bringen.[161] Als Vertreter dieses argumentativen Ansatzes werden hier

156 So aber Hueck/Nipperdey wie Fn. 155.

157 Vgl. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 175; Löwisch, DB 62, S. 762; ders., AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495.

158 Dazu noch unten unter 1., c,.

159 Vgl. z.B. Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1295 u. S. 1299; Zimmermann, Sozialadäquanzlehre, S. 4.

160 Zur Beziehung von Sozialadäquanzlehre u. der Lehre vom sog. Handlungsunrecht die Hinweise unten unter 1., d,.

161 Es ist dabei m.E. unschädlich, daß aufgrund der nur sehr allgemeinen Ausführungen erhebliche Zweifel bestehen, ob man sich überhaupt im notwendigen Umfang über Gegenstand u. Inhalt der Sozialadäquanzlehre sowie über ihre Übertragbarkeit auf das hier im Mittelpunkt stehende Kollisionsproblem Gedanken gemacht hat.

GAUL u. LÖWISCH angesehen.

GAUL[162] fordert ausdrücklich eine Übertragung der Grundsätze der sozialen Adäquanz auf andere schuldrechtliche Verträge als Arbeitsverträge. Dies erfordere die Einheit der Rechtsordnung, insbes. die Einheit des Privatrechts. Da sozialadäquate Handlungen nicht widerrechtlich seien, führe dies im Ergebnis dazu, daß sowohl bei rechtmäßigen Streiks als auch bei rechtmäßigen Aussperrungen die Verletzung von schuldrechtlichen Lieferverträgen gerechtfertigt sei.[163] Hinter dieser Konstruktion steht wohl letztlich die Überlegung, daß ein u. dieselbe Handlung, die nach den Grundsätzen eines Teilrechtsgebietes rechtmäßig ist, nach den Wertungen eines anderen Teilrechtsgebietes nicht rechtswidrig sein kann.[164] Die Richtigkeit dieser These soll offenbar durch den Hinweis auf die Einheit zumindest der Privatrechtsordnung belegt werden.

LÖWISCH[165] argumentiert, der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung erfordere eine Entscheidung des Konflikts zwischen Arbeitskampfrecht u. zivilem Vertragsrecht als Konsequenz, daß die Rechtsordnung an die AG/Unternehmer unterschiedliche, widerstreitende Anforderungen stelle.[166] Zwar wird die Sozialadäquanzlehre in diesem Zusammenhang nicht expressis verbis erwähnt, bei Berücksichtigung eines älteren Beitrags

---

162 Vgl. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, insbes. S. 175.

163 Es sei an dieser Stelle nur beiläufig auf die von Gaul wie Fn. 162 für Streik u. Aussperrung herangezogenen unterschiedlichen Begründungen (Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beim Streik; Rechtfertigung der vertraglichen Nichtleistung durch sozialadäquate Aussperrung) hingewiesen.

164 Sog. einheitliche oder dualistische Beurteilung der Rechtswidrigkeit. Vgl. dazu die Parallele bei der Begründung der Einheitstheorie (oben unter I., S. 145).

165 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495. Zur zweiten von Löwisch herangezogenen Argumentationslinie (Tarifautonomie) die Hinweise oben 1. Teil (S. 51 sowie Fn. 226 u. 228). Darauf ist in anderem Zusammenhang (unten § 3, I., 2., d, u. III., 4., c, bb, aaa, aaaa,) näher einzugehen.

166 Einerseits sollen die schuldrechtlichen Vertragspflichten erfüllt werden, andererseits soll eine Teilnahme an der Regelung der Arbeitsbedingungen durch TV erfolgen.

von Löwisch[167] wird aber m.E. hinreichend deutlich, daß letztlich diese Figur auch hinter der gerade skizzierten Argumentation steht.[168,169]

Weder GAUL noch LÖWISCH gehen im erforderlichen Umfang auf das Problem ein, ob die Vor. für eine Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre auf das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht vorliegen. Im einzelnen müssen hierzu folgende Kriterien geprüft werden bzw. erfüllt sein.

Prinzipielle Geeignetheit der Sozialadäquanzlehre zur Lösung von Wertungswidersprüchen zwischen Teilrechtsgebieten aufgrund ihres konkreten Inhalts.
Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre im Privatrecht, insbes. im Arbeitskampf- u. Schuldvertragsrecht.
Rechtsdogmatische Verwendung der Sozialadäquanzlehre.
Vereinbarkeit des der Sozialadäquanzlehre zugrunde liegenden Unrechtsbegriffs mit demjenigen des Privatrechts.

Um diese Fragen beantworten u. damit zu dem von GAUL u. LÖWISCH vertretenen Ansatz Stellung nehmen zu können, bedarf es zunächst einiger allgemeiner Hinweise zur Sozialadäquanzlehre.

---

167 Vgl. Löwisch, DB 62, S. 762.

168 Vgl. nur Löwisch wie Fn. 167 (linke Spalte i.V.m. Fn. 11).

169 Daß Löwisch in seinen beiden Aufsätzen aus dem Jahre 1974 die Sozialadäquanzlehre nicht mehr ausdrücklich erwähnt, hängt wohl damit zusammen, daß sich zumindest das BAG zu diesem Zeitpunkt erkennbar von dieser Figur distanziert hatte, indem es 1971 erstmals ausdrücklich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen heranzog, vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter Teil III A. I. d.G.

1. Grundlagen der Lehre von der Sozialadäquanz

a) Herkunft und Begriffsinhalt

Soweit ersichtlich, hat die Sozialadäquanzlehre ihre Wurzeln im materiellen Strafrecht.[170] Als Begründer wird ganz überwiegend WELZEL[171] angesehen, der diese Figur im Zusammenhang mit der sog. finalistischen Handlungslehre entwickelt hat.[172] Bei der Frage nach dem (strafrechtlichen) Unrecht stellte WELZEL fest[173], daß man strafrechtlich geschützte Rechtsgüter nicht im Zusammenhang mit einer unlebendigen funktionslosen Welt, sondern innerhalb eines effektiven sozialen Lebensraumes sehen müßte.[174] Dort wären sie aber zwangsläufig auch negativen, beeinträchtigenden Einflüssen ausgesetzt, weil das soziale Leben auf den Einsatz u. Verbrauch von Rechtsgütern ausgerichtet sei.[175] Derartige alltägliche Beeinträchtigungen könnten aber nicht als Unrecht angesehen werden, da sie sich innerhalb der zwischen-

---

170 Vgl. die entsprechenden Hinweise bei Bobke, AuR 82, S. 41; Bulla, RdA 62, S. 6; Dietz, JuS 68, S. 6; Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 200; Weireter, Sozialadäquanz, S. 3; a.A. Ramm, AuR 66, S. 161, S. 163 u. S. 166, der lediglich die Terminologie mit dem Strafrecht in Verbindung bringt, dem Inhalt dieser Lehre aber eine enge Verwandtschaft mit nationalsozialistischem Gedankengut zuschreibt.

171 Grundlegend Welzel, ZStW 58, S. 491 ff., insbes. S. 505 ff.; vgl. auch den Hinweis von Galperin wie Fn. 170.

172 Zum Inhalt der finalen Handlungslehre im Strafrecht näher etwa die Übersichten bei Naucke, Strafrecht, S. 257 f.; Wessels, Strafrecht AT, S. 20 u. S. 21 f. Vgl. zu diesem Zusammenhang auch den Hinweis bei Zimmermann, Sozialadäquanzlehre, S. 2; ähnl. wohl auch Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1299.

173 Vgl. zum folgenden Welzel, ZStW 58, S. 514 ff.

174 Welzel wie Fn. 173, S. 514 versucht dies mit dem Hinweis zu veranschaulichen, Rechtsgüter seien keine Museumsstücke, die zum Schutz vor schädlichen Einflüssen in Vitrinen verwahrt seien.

175 Welzel nennt als Beispiele etwa die Freiheitsbeschränkungen von Fahrgästen, die sich des modernen Massenverkehrs bedienen, oder die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens durch anstrengende Arbeit. Vgl. zum Ganzen auch den Überblick bei Weireter, Sozialadäquanzlehre, S. 5 f. m.w.N. in Fn. 11 (S. 6) sowie die Hinweise bei Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1300; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 118 Fn. 36.

menschlichen gesellschaftlichen Ordnung hielten u. damit von den Verbotsnormen nicht erfaßt würden, weil sie sozialüblich u. normal wären. Daher seien sie sozialadäquat erlaubt. WELZEL definiert Sozialadäquanz danach wie folgt: Sozialadäquat sind alle Betätigungen, die "sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden".[176]

Damit stellt sich die Sozialadäquanz als "werthafter Ordnungsbegriff" dar.[177] Die Ordnungen des Gemeinschaftslebens müssen zwei Vor. erfüllen; sie müssen historisch geworden u. mit der Sozialethik vereinbar sein. Sind diese Kriterien erfüllt, dann sind Handlungen, die mit solchen Ordnungen übereinstimmen, sozialadäquat.[178]

Da sich aus diesen formelhaften u. vagen Umschreibungen kaum brauchbare Anhaltspunkte für die Bestimmung des eigentlichen Begriffsinhalts gewinnen lassen, vermag es nicht zu überraschen, daß man häufig diesem Mangel dadurch abzuhelfen suchte, indem Parallelen zwischen Sozialadäquanz u. anderen ähnl. unbestimmten, aber anerkannten Rechtsbegriffen gesucht wurden.[179] Auffallend häufig wurden dabei Verbindungen zum Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 1 S. 2 BGB geknüpft.[180] Diese Verbindungslinie leitet über zunächst zur Frage nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre im Privatrecht.

---

176 Vgl. Welzel, Strafrecht 7. Aufl:, S. 76; ders., Strafrechtssystem 4. Aufl., S. 25. Ähnl. Umschreibungen finden sich bei Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1299; Niese, JZ 56, S. 460; Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 39 f.

177 Vgl. Bulla, RdA 62, S. 6; Weireter, Sozialadäquanz, S. 5.

178 Vgl. Zimmermann, Sozialadäquanzlehre, S. 3.

179 Vgl. dazu im einzelnen den Überblick bei Weireter wie Fn. 177, S. 23 ff.

180 Vgl. etwa Bulla, RdA 62, S. 7; Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1295 f.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1001 Fn. 34 c, (unter b,); Niese, Streik, S. 31; ders., JZ 56, S. 460; Welzel, ZStW 58, S. 517 Fn. 38 u. S. 558; vgl. auch den diesbezüglichen Hinweis bei Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 200.

b) Anwendung der Sozialadäquanzlehre im Privatrecht

Trotz der keineswegs einhelligen Anerkennung der Sozialadäquanzlehre im Strafrecht[181], fand diese Figur bereits Anfang der 50er Jahre auch Eingang ins Privatrecht. Wegen der offensichtlichen Parallelen zwischen dem materiellen Strafrecht u. dem Deliktsrecht des BGB[182] ist es keine Überraschung, daß sie zunächst im Zusammenhang mit deliktsrechtlichen Problemen zur Anwendung gelangte.

Als wohl entscheidender Anstoß zur Übernahme der Sozialadäquanzlehre gilt das sog. Constanze-Urteil des BGH.[183] Mit dieser Entscheidung führte der BGH die reichsgerichtliche Rechtsprechung zum Recht am Unternehmen weiter, indem er nicht nur den Bestand des Unternehmens, sondern auch einzelne konkrete Betätigungsformen ausdrücklich dem Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB unterstellte.[184] In dieser Entscheidung ließ der BGH allerdings das dogmatische Problem der Rechtswidrigkeitsbeurteilung bei Eingriffen in das Recht am Unternehmen weitgehend offen. Dieses Problem besteht darin, daß im Gegensatz zu den im Wortlaut von § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich erwähnten sowie zu den anerkanntermaßen in den Schutzbereich dieser Norm fallenden Rechten bzw. Rechtsgütern beim Recht am Unternehmen der Tatbestandsmäßigkeit von Eingriffen keine indizielle Funktion im Hinblick auf deren Rechtswidrigkeit zukommt.[185] NIPPERDEY zog in Auseinandersetzung mit diesem

---

181 Vgl. den Hinweis bei Weireter, Sozialadäquanz, S. 11 sowie die Zusammenstellung ablehnender Stellungnahmen ebenda, S. 10 f.

182 Diese Parallelen bestehen v.a. im Hinblick auf den Aufbau der entsprechenden Normen, sofern man bei dem Vergleich den klassischen dreigliedrigen Verbrechensbegriff zugrunde legt, wo zwischen Tatbestand, Rechtswidrigkeit u. Schuld differenziert wird, vgl. etwa Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 3; weitere Nachw. unten (Fn. 198).

183 Vgl. BGH v. 26.10.51, BGHZ 3, S. 270 ff.

184 Vgl. BGH wie Fn. 183, S. 279 f. sowie den Hinweis oben 2. Teil (S. 80 Fn. 89).

185 Vgl. dazu nur Fikentscher, Schuldrecht, S. 634; Larenz, Schuldrecht BT, S. 633 f.; Schwerdtner, Jura 85, S. 23. Die Rechtswidrigkeit ist bei diesem Rahmenrecht vielmehr duch Güterabwägung zu bestimmen, vgl. statt vieler Brox, JA 81, S. 77 (positive Feststellung der Rechtswidrigkeit unter Abwägung der beteiligten Güter u. Rechte).

Urteil zur Beantwortung dieser bis dahin ungeklärten Frage die Sozialadäquanzlehre heran; Handlungen innerhalb des Rahmens der allgemeinen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens sollten danach keine unerlaubte Handlung darstellen.[186]

Nach dieser Entwicklung fand die Sozialadäquanzlehre auch Eingang in das Arbeitskampfrecht, indem verschiedene Instanzgerichte, die sich mit den Folgen des sog. Zeitungsstreiks[187] auseinanderzusetzen hatten[188], dem Vorschlag NIPPERDEY's folgten. Auch der GS des BAG hat diesen Grundsatz aus Anlaß seiner grundlegenden Erwägungen zum Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht, die zur Entwicklung der Einheitstheorie führten, erwähnt.[189] Bis 1963 findet man die Sozialadäquanzlehre auch noch in anderen BAG-Entscheidungen zu arbeitskampfrechtlichen Fragestellungen.[190]

Besondere Bedeutung hat die Sozialadäquanzlehre bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen erlangt. Diesbezüglich hat NIPPERDEY einen Katalog von Kriterien entwickelt, die die Schranken der Arbeitskampffreiheit[191] abstecken

---

186 Vgl. Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 39 f.

187 Bei dem Zeitungsstreik handelt es sich um einen vom 27. - 29.5.1952 auf Veranlassung des DGB durch die IG Druck u. Papier geführten Streik, der das Erscheinen der Tagespresse verhinderte u. die Beeinflussung der parlamentarischen Behandlung des BetrVG 1952 zum Ziel hatte; vgl. hierzu sowie zu seinem konkreten Ablauf etwa Niese, Streik, S. 4 f. u. S. 90 f.

188 Vgl. dazu im einzelnen die Nachw. bei Weireter, Sozialadäquanz, S. 18 Fn. 28 sowie die Hinweise bei Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 201.

189 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 6. d.G. Dazu bereits der Hinweis oben unter I. (S. 140 Fn. 109).

190 Vgl. etwa BAG v. 4.5.55, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 3; BAG v. 5.9.55, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. sowie Bl. 1 R.; BAG v. 31.10.58, AP Nr. 2 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", Lts. 11. sowie unter VI. d.G.; BAG v. 17.12.58, AP Nr. 3 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", unter 4. d.G.

191 Zu Inhalt u. Bedeutung dieses Begriffs unten § 3, I., 2., a,.

sollten.[192] NIPPERDEY geht dabei davon aus, daß ein Arbeitskampf, der mit diesen "Spielregeln" im Einklang steht, nicht die Rechtsfolgen einer unerlaubten Handlung auslösen könnte.[193]

Auch außerhalb des Arbeitskampfrechts wurde versucht, der Sozialadäquanzlehre Anwendungsbereiche zu erschließen. So wurde insbes. ihr Einsatz im Kündigungsschutzrecht[194], bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe innerhalb des Arbeitsvertragsrechts, bei spezifischen arbeitsrechtlichen Instituten wie Betriebsrisiko, Treue- u. Fürsorgepflicht sowie im Zusammenhang mit der Grenzziehung zwischen kollektiver u. individueller Sphäre untersucht bzw. diskutiert.[195] Auffallend ist, daß ihr Einsatz innerhalb vertraglicher Beziehungen[196] falls überhaupt nur mit erheblichen Einschränkungen erwogen wurde.[197]

Wenn daher grundsätzlich eine Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre auf privatrechtliche Fragestellungen festgestellt werden kann, so bleibt zu prüfen, wie diese Figur insoweit systematisch u. dogmatisch einzuordnen ist.

---

192 Erste Ansätze bei Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 43. Die dort auf- u. dargestellten Grundregeln wurden später ausgebaut u. erweitert, dazu im einzelnen Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1003 ff.; grundsätzlich zust. Adams, Streik, S. 106 ff. Eine einheitliche Anzahl dieser "Spielregeln" existiert allerdings soweit ersichtlich nicht.

193 Vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 192.

194 Vgl. Weireter, Sozialadäquanz, S. 123. Vgl. auch den Hinweis bei Fikentscher, Schuldrecht, S. 573.

195 Vgl. dazu Bulla, RdA 62, S. 9 ff.; auch Weireter wie Fn. 194, S. 122 ff.

196 Dies gilt sowohl für arbeitsrechtliche als auch allgemein für schuldrechtliche Verträge.

197 Vgl. nur Weireter, Sozialadäquanz, S. 117 ff. sowie unten unter 2., d,.

c) Rechtsnatur der Sozialadäquanzlehre

Die Beantwortung der Frage nach der zutr. systematischen Einordnung dieser Figur in den Verbrechensaufbau[198] bzw. in den Aufbau anspruchsbegründender Normen des Privatrechts[199] hängt entscheidend von der Rechtsnatur dieses Konstrukts ab.

Vorwiegend am Anfang der Entwicklung wurde der Sozialadäquanzlehre eine tatbestandsausschließende Funktion zugeschrieben.[200] Sozialadäquate Handlungen sollten also dazu führen, daß bereits der objektive Tatbestand von Verbotsnormen[201] nicht erfüllt ist. Diese Konzeption konnte sich aber aufgrund bald einsetzender z.T. massiver Kritik[202] nicht durchsetzen.[203]

---

198 Hier wird üblicherweise zwischen Tatbestand, Rechtswidrigkeit u. Schuld differenziert, vgl. etwa Dreher/Tröndle, StGB, Vor § 1, Rdnr. 2; Naucke, Strafrecht, S. 227 f., sog. klassischer dreigliedriger Verbrechensbegriff (dazu bereits der Hinweis oben in Fn. 182).

199 Hier gilt ebenfalls die in Fn. 198 dargestellte Dreiteilung, vgl. z.B. Brox, Schuldrecht AT, S. 174 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, S. 246 f. Weitere Nachw. unten 4. Teil, 1. Kap. (Fn. 1).

200 Vgl. dazu Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II 14. Aufl., S. 918 (Herausschneiden von Lebensvorgängen aus dem formalen Wortlaut der Tatbestände); Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 39 f.; Welzel, Strafrecht 2. Aufl., S. 38 (Handlungen im Rahmen der sozialen Ordnung fallen ungeachtet des entgegenstehenden Wortlauts nicht unter Deliktstatbestände); heute noch Söllner, Arbeitsrecht, S. 93 (Sozialadäquanz als Auslegungskriterium zur Eliminierung von vom Tatbestand erfaßter Handlungen als nicht tatbestandsmäßig). Vgl. auch den Hinweis bei Niese, Streik, S. 27 f. Beiläufig auch Otte, Subjektiv - privates Arbeitskampfrecht, S. 129 Fn. 1.

201 Dies bedeutet, daß es z.B. bereits an einer Vertragsverletzung oder an einer unerlaubten Handlung fehlt.

202 Vgl.zu den einzelnen Kritikern u. ihren Argumenten die Übersichten bei Weireter, Sozialadäquanz, S. 7 ff. u. Zimmermann, Sozialadäquanzlehre, S. 5 f.

203 Kernpunkte der Kritik waren insbes. das hinter dieser Auffassung stehende Mißverständnis, die Bejahung des Tatbestands führe bereits zu einer rechtlichen Mißbilligung sowie die Gefahr der Verwischung der Grenzen zwischen Tatbestandsmäßigkeit u. Rechtswidrigkeit.

Danach wurde die Sozialadäquanzlehre von ihren Anhängern systematisch der Rechtswidrigkeit zugeordnet.[204] Diese Verwendung kann zumindest als ganz überwiegend angesehen werden. Umstr. blieb allerdings, ob die Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund anzusehen sei[205] oder aber von den besonderen Rechtfertigungsgründen unterschieden werden müsse.[206] Nur ganz vereinzelt wurde die Einordnung der Sozialadäquanz als Schuldausschließungsgrund erwogen.[207]

Wenn man davon ausgeht, daß die Sozialadäquanz ihren richtigen systematischen Standort im Bereich der Rechtswidrigkeit hat, so bleibt noch zu prüfen, welches Unrechtsverständnis ihr zugrunde liegt u. ob sich diese Sichtweise mit dem Unrechtsbegriff des Schuldrechts als dem in dieser Arbeit maßgebenden Teil des Privatrechts im Einklang befindet.

d) Unrechtsverständnis der Sozialadäquanzlehre

Üblicherweise wird im Privatrecht zwischen dem handlungs- u. dem erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff unterschieden.[208] Die Vertreter der Lehre vom Handlungsunrecht stellen darauf ab, daß nur eine pflichtwid-

---

204 Vgl. Dietz, FS für Herschel 1955, insbes. S. 53 f.; ders., JuS 68, S. 6; Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1299; Hueck, FS für Herschel 1955, S. 36; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1003 (Sozialadäquanz als positives, unrechtskonstituierendes Rechtswidrigkeitselement); Niese, Streik, S. 30; ders., NJW 56, S. 460; Nipperdey, NJW 57, S. 1779; Welzel, Strafrechtssystem 3. Aufl., S. 24; ders., Strafrecht 7. Aufl., S. 76; anders aber wieder ders., Strafrecht 9. Aufl., S. 50 f., wo er seine frühere Auffassung von der tatbestandsausschließenden Funktion der Sozialadäquanz wieder aufgreift.

205 So etwa Welzel, Strafrechtssystem 3. Aufl., S. 24.

206 So z.B. Hueck/Nipperdey wie Fn. 204, S. 1000 ff.; ebenso wohl auch Enneccerus/Nipperdey wie Fn. 204.

207 Vgl. Weireter, Sozialadäquanz, S. 44 ff. Dieser Vorschlag soll allerdings nur für den Fall gelten, daß man der Lehre vom Erfolgsunrecht folgt u. die Fahrlässigkeit der Schuld zuordnet. Zur Beziehung von Fahrlässigkeit u. Sozialadäquanz gleich noch unter d,.

208 Vgl. etwa Brox, Schuldrecht BT, S. 295; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 267 f.; Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1280; Kötz, Deliktsrecht, S. 54; Larenz, Schuldrecht BT, S. 607 ff.; Marburger, Regeln der Technik, S. 431 f.; Stoll, AcP 162, S. 205.

rige Handlung rechtswidrig sein könne. Wer alles nach der Verkehrsanschauung Erforderliche getan habe, könne nicht rechtswidrig handeln, da die Handlung des Täters dann nicht gegen die Rechtsordnung verstoße. Bei unvorsätzlichem Handeln sei eine adäquat-kausale Rechts-(gut)verletzung nur dann rechtswidrig, wenn der Täter gegen Verbote, Gebote oder die im konkreten Fall zu beachtende Sorgfalt verstoße. Dagegen komme es auf einen dennoch eingetretenen Erfolg nicht an.[209,210]

Demgegenüber gehen die Befürworter der Lehre vom Erfolgsunrecht davon aus, daß derjenige Täter, der durch sein Handeln adäquatkausal eine Rechts(gut)verletzung herbeiführe, rechtswidrig handele, es sei denn, zu seinen Gunsten würden besondere Rechtfertigungsgründe eingreifen. Mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands werde die Rechtswidrigkeit indiziert.[211]

Bei der Prüfung, welche von diesen beiden Kategorien des Unrechts der Sozialadäquanzlehre zugrunde liegt, sind m.E. folgende Hinweise bedeutsam. Diese Figur wurde bereits von WELZEL mit dem Fahrlässigkeitsbegriff in Verbindung gebracht.[212] Die Sozialadäquanz habe ihren allgemeinen Niederschlag in § 276 Abs. 1 S. 2 BGB gefunden; sie verlange dasjenige Verhalten, das den Erfordernissen des Gemeinschaftslebens entspreche; dies sei aber nichts anderes als die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Sodann wird eine Verbindung zwischen Fahrlässigkeit u. Rechtswidrigkeit hergestellt. Nur i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB fahrlässige Rechts(gut)verletzungen könnten zur Beja-

---

209 Vgl. dazu etwa Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1293 ff.; Lieb, ZfA 82, S. 119 f.; Nipperdey, NJW 57, S. 1779; ders., NJW 67, S. 1991 ff.

210 Nach wohl überwiegender Meinung soll im Strafrecht auch der pflichtwidrig handelnde Täter dann nicht einstehen müssen, wenn ein rechtswidriger Erfolg auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre, dazu z.B. Schlüchter, JA 84, S. 673.

211 Vgl. etwa Brox, Schuldrecht BT, S. 295; Larenz, Schuldrecht BT, S. 607.

212 Vgl. Welzel, ZStW 58, S. 557 ff.; ders., Strafrechtssystem 3. Aufl., S. 32; zust. Niese, Streik, S. 31; Nipperdey, NJW 57, S. 177.

hung der Rechtswidrigkeit führen. Da sich Sozialadäquanz u. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt inhaltlich deckten u. jene zur Beurteilung von Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit heranzuziehen sei, müsse auch objektive Fahrlässigkeit mit Rechtswidrigkeit gleichgesetzt werden.[213]

Diese Verbindung von Fahrlässigkeit u. Rechtswidrigkeit wird auch bei der Analyse einer Grundsatzentscheidung des GS des BGH aus dem Jahre 1957 deutlich.[214] Dort stand die Frage zur Entscheidung an, ob ein Handeln auf dem Gebiet des Straßen- u. Eisenbahnverkehrs, das den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt, dann als nicht rechtswidrig anzusehen ist, wenn es mit den gesetzlichen Wertungen dieser Teilrechtsordnungen im Einklang steht. Der BGH führt dazu aus, die Rechtswidrigkeit fehle dann, wenn zwar objektiv eine Rechts(gut)-verletzung vorliege, der Täter sich aber verkehrsrichtig verhalten habe.[215] Da nun aber Verkehrsrichtigkeit inhaltlich nichts anderes bedeuten soll als Sozialadäquanz[216], wird der Zusammenhang zwischen Sozialadäquanz u. handlungsbezogenem Unrechtsbegriff m.E. offenkundig. Denn der BGH meint zusätzlich, ein eingetretener Erfolg i.S. einer Rechts(gut)verletzung sei noch kein hinreichender Grund, ein abschließendes Rechtswidrigkeitsurteil zu fällen; vielmehr dürfe die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt bleiben. Ein hierzu tre-

---

213 Vgl. Welzel, Strafrechtssystem 3. Aufl., S. 30 ff.; ähnl. Niese wie Fn. 212 (Sozialadäquanz als Maßstab für die Rechtswidrigkeit unvorsätzlicher Erfolgsverursachungen). Vgl. auch Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II, S. 1295 f. u. S. 1322.

214 Vgl. BGH v. 4.3.57, BGHZ 24, S. 21 ff. Der BGH läßt allerdings offen, ob die in der strafrechtlichen Dogmatik vertretene Aufspaltung des Fahrlässigkeitsbegriffs (zur Rechtswidrigkeit u. zur Schuld) ins Privatrecht übernommen werden kann, vgl. BGH wie oben, S. 27.

215 Vgl. BGH wie Fn. 214, S. 21 (Lts.) u. S. 26.

216 Obwohl dieser Zusammenhang vom BGH selbst nicht ausdrücklich hergestellt wird - vgl. BGH wie Fn. 214, S. 26 -, sieht die Lehre die Verkehrsrichtigkeit als Anwendungsfall der Sozialadäquanz an, vgl. etwa Nipperdey, NJW 57, S. 1777; Wieacker, JZ 57, S. 535 f. Vgl. auch Zimmermann, Sozialadäquanzlehre, S. 10 ff., der einen in dreifacher Hinsicht bestehenden Zusammenhang zwischen beiden Figuren nachzuweisen versucht.

tender Erfolgsunwert habe demgegenüber keinen selbständigen Charakter.[217]

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß es sich bei der Sozialadäquanz um einen relativ unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der u.a. auch in das Arbeitskampfrecht Eingang gefunden hat. Die rechtssystematische bzw. -dogmatische Stellung dieser Figur wird nicht einheitlich behandelt. Soweit man die Sozialadäquanzlehre der Rechtswidrigkeit zuordnet, liegt ihr ein handlungsbezogenes Unrechtsverständnis zugrunde.

2. Übertragbarkeit der Sozialadäquanzlehre zur Lösung der Kollision zwischen Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

Mit der wohl grundsätzlich zu bejahenden rechtlichen Relevanz der Sozialadäquanzlehre ist die Frage nach ihrer Verwertbarkeit im hier interessierenden Zusammenhang noch nicht entschieden. Vielmehr bleibt zu prüfen, ob die oben skizzierten Grundlagen zutr. sind u. ihnen ohne Bedenken gefolgt werden kann. Dabei kann es hier nicht darum gehen, alle gegen diese Lehre vorgebrachten Bedenken nochmals aufzugreifen. Entscheidend sind vielmehr allein diejenigen Gesichtspunkte, die im Zusammenhang mit einer möglichen Übertragbarkeit auf die hier zu untersuchende Arbeitshypothese stehen.

a) Sozialadäquanz als unbestimmter Rechtsbegriff

Bereits gegen den Begriff "Sozialadäquanz" sind erhebliche Bedenken erhoben worden. Insbes. wird von verschiedenen Autoren seine zu große inhaltliche Unbestimmtheit gerügt, die seiner Anwendbarkeit entgegenstehen soll.[218]

---

217 Vgl. BGH wie Fn. 214, S. 26.

218 Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, S. 573 (Verschleierung des Wesens des Unrechts im Delikts- u. Bereicherungsrecht); Lehmann, FS für Hedemann, S. 190 (nicht hinreichend geklärtes Werturteil); Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 117 u. S. 132 (Verwendung der Sozialadäquanz führt nur zur Verdeckung des Problems der Grenzen der Streikfreiheit); Ramm, AuR 64, S. 324 (Ersetzung einer Generalklausel - gemeint ist die Sittenwidrigkeit, d. Verf. - durch eine andere); Rüthers, AuR 67, S. 132 (schillernder Rechtsbegriff, der zu mancherlei Verwendungen verlockt).

Dieser Vorwurf trifft vordergründig zu, wenn man nochmals auf die Def. der Sozialadäquanz sowie an die damit im Zusammenhang stehenden Charakterisierungen hinweist.[219] Andererseits kennt die Rechtsordnung eine ganze Reihe ähnl. unbestimmter Rechtsbegriffe[220], wo gleichwohl die Unbestimmtheit noch kein negatives Urteil im Hinblick auf die Brauchbarkeit des jeweiligen Begriffs zur Folge hat. Vielmehr ist insoweit entscheidend, ob es gelingt, unbestimmte Rechtsbegriffe inhaltlich hinreichend zu präzisieren.

Hierzu stehen verschiedene Alt. zur Verfügung. Insbes. ist auf die mögliche Entwicklung einzelner Fallgruppen hinzuweisen.[221] Eine weitere Möglichkeit besteht in der Suche nach anderen, inhaltsähnlichen Begriffen, mit deren Hilfe eine Präzisierung erreicht werden kann. Dieser Weg ist im Fall "Sozialadäquanz" mit der Ziehung einer Parallele zu der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" beschritten worden. Dieser Begriff wird aber soweit ersichtlich trotz der ebenfalls sehr vagen Umschreibung in § 276 Abs. 1 S. 2 BGB nicht als zu unbestimmt verworfen, da das Maß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt im konkreten Einzelfall i.d.R. bestimmbar ist.

Folgt man weiterhin der Auffassung, daß es sich bei der Sozialadäquanz um eine Generalklausel handelt[222], so besteht die Möglichkeit einer zurückhaltenden Anwendung, solange ihr Inhalt nicht hinreichend präzisiert worden ist.[223] Andererseits kann auf den Einsatz von Generalklauseln nicht verzichtet werden, um die notwendige Anpassung der

---

219 Oben unter 1. (S. 155).

220 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt: Gute Sitten (§ 138 BGB); Treu u. Glauben sowie Verkehrssitte (§ 242 BGB); die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB).

221 Dies ist beispielsweise bei § 242 BGB geschehen; zu den einzelnen dazu entwickelten Fallgruppen etwa Erman/Sirp, BGB, § 242, Rdnr. 50 ff., 73 ff. u. 166 ff.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 121 ff. Gegen die Anwendung dieser Methode bei der Sozialadäquanz Lehmann, FS für Hedemann, S. 190.

222 So z.B. Weireter, Sozialadäquanz, S. 1 Fn. 1 u. S. 36; abl. Bulla, RdA 62, S. 15.

223 So zutr. Weireter wie Fn. 222, S. 36 ff. Damit dürften die von Lehmann wie Fn. 221 geäußerten Bedenken ausgeräumt werden können, insbes. bedarf es wohl nicht der Entwicklung eines umfassenden Katalogs von "Spielregeln" für jedes Spezialgebiet.

Rechtsordnung an die Rechtswirklichkeit zu gewährleisten.[224]

Insgesamt wird man daher m.E. davon ausgehen müssen, daß die relativ große Unbestimmtheit des Begriffs "Sozialadäquanz" seiner grundsätzlich zu bejahenden rechtlichen Relevanz u. Verwendbarkeit nicht entgegensteht.[225]

b) Überflüssigkeit der Sozialadäquanzlehre

Von mehreren Autoren wird behauptet, die Sozialadäquanzlehre sei überflüssig, da man die ihr zugeordneten Fragestellungen auch durch Einsatz anderer Rechtsfiguren lösen könne.[226] Es braucht an dieser Stelle nicht im einzelnen auf die Tragfähigkeit der alternativen Lösungswege eingegangen werden[227], da es hier primär zunächst auf die Notwendigkeit der Sozialadäquanzlehre innerhalb des Arbeitskampfrechts ankommt.[228]

---

224 Vgl. dazu Weireter wie Fn. 222, S. 1.

225 Wie hier etwa Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 57.

226 Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 132; Söllner, Arbeitsrecht, S. 94; Wiethölter wie Fn. 225, S. 56; Wussow, NJW 58, S. 891 ff.; Zippelius, NJW 57, S. 1707 f.; wohl auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 573.

227 Wussow wie Fn. 226, S. 891 f. meint, die Lösung über die rechtfertigende Einwilligung herbeiführen zu können; nur beiläufig sei darauf hingewiesen, daß dieser Vorschlag bei arbeitskampfbedingten Folgen nicht überzeugen kann, da man wohl i.d.R. nicht von einer Einwilligung der auf diesem Weg Geschädigten ausgehen kann. Zippelius wie Fn. 226, S. 1707 will eine Rechtmäßigkeit durch Auslegung der Rechtsordnung, insbes. von Gebots- u. Verbotsvorschriften vornehmen.

228 Wenn dieser Figur innerhalb des Arbeitskampfrechts keine Relevanz mehr zukommen sollte, so wäre damit auch ihrer Anwendbarkeit auf das hier zentrale Kollisionsproblem bereits weitestgehend der Boden entzogen. Da die Sozialadäquanzlehre die Beurteilung der Beziehungen zwischen verschiedenen Teilrechtsgebieten zumindest nicht ausdrücklich zum Gegenstand hat, müßte sie zumindest sowohl im Arbeitskampfrecht als auch im Schuldrecht anwendbar sein, um sie einer solchen Funktion zuführen zu können.

Wie bereits oben[229] erwähnt wurde, hatte diese Lehre insbes. bei der Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen im Hinblick auf die Einhaltung gewisser "Spielregeln" sowie ihre Folgen bezüglich von Eingriffen in das Recht am Unternehmen einige Bedeutung erlangt. Insoweit sind m.E. folgende Hinweise bedeutsam.

Die Verwendung der Sozialadäquanzlehre im Arbeitskampfrecht geht unstr. auf den Einfluß NIPPERDEY's zurück.[230] Die Übernahme seiner diesbezüglichen Vorschläge durch die Instanzgerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit aus Anlaß des Zeitungsstreiks ist maßgeblich auf dessen fachliche Autorität zurückzuführen. Da NIPPERDEY ab 1954 auch Präsident des BAG u. Vorsitzender Richter am für Arbeitskampffragen zuständigen Ersten Senat war, kann es nicht verwundern, daß das höchste Gericht in Arbeitssachen ebenfalls diese Konstruktion aufgriff.[231] Bemerkenswert ist nun, daß seit 1963, d.h. nach dem altersbedingten Ausscheiden NIPPERDEY's aus dem Richterdienst die Sozialadäquanzlehre jedenfalls expressis verbis vom BAG nicht mehr verwendet wird.[232] Nach einer mehrjährigen Übergangsphase hat das BAG erstmals 1971 ausdrücklich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz insbes. zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen herangezogen.[233] Diese Rechtsprechung ist bis in die neuere Zeit immer weiter ausgebaut worden;[234] der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zählt heute zu den tragen-

---

229 Unter 1. (S. 156 ff.).

230 Vgl. Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 39 f.; vgl. auch den diesbezüglichen Hinweis bei Bulla, Anm. zu BAG v. 20.12.63, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter I. 2. a,.

231 Erstmals soweit ersichtlich BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" unter I. 6. d.G.

232 So zutr. Meyer, ZRP 74, S. 253; vgl. dazu auch Lieb, Arbeitsrecht, S. 133 u. Fn. 23 (Sozialadäquanz als heute zurückgedrängter Aspekt); Richardi, NJW 78, S. 2058 (Sozialadäquanz als dogmatischer Zentralbegriff des Arbeitskampfrechts bis 1971); Schwerdtner, Jura 85, S. 22 (zunehmender Bedeutungsverlust der Sozialadäquanzformel im Arbeitskampfrecht); Söllner, Arbeitsrecht, S. 94 f.

233 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter Teil III A. - D. d.G.

234 Vgl. insbes. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter B. d.G.

den Prinzipien des Arbeitskampfrechts.[235] Die Lehre hat sich trotz diverser, insbes. aus Anlaß der Entscheidung des GS[236] geäußerter z.T. erheblicher Bedenken[237] diesem Konzept im Grundsatz angeschlossen.[238] Man wird daher davon ausgehen müssen, daß die Sozialadäquanzlehre, jedenfalls soweit es um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen geht, vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgelöst wurde u. insoweit keine selbständige Bedeutung mehr hat.[239]

Damit ist es obsolet, in diesem Zusammenhang auf die angebliche gewohnheitsrechtliche Anerkennung dieser Lehre[240] einzugehen. Für das Arbeitskampfrecht erweist sich diese These als unhaltbar, ohne daß näher darauf einzugehen wäre, ob innerhalb eines Zeitraums von lediglich ungefähr zehn Jahren überhaupt Gewohnheitsrecht entstehen kann.[241]

---

235 Vgl. etwa Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 99 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 146 ff.

236 BAG wie Fn. 233.

237 Vgl. dazu die Nachw. bei Seiter wie Fn. 235, S. 147 Fn. 6. Zum Ganzen noch näher unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

238 Vgl. statt vieler Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 151; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 373.

239 Vgl. dazu die entsprechenden Hinweise bei Kittner, GewMH 73, S. 408 (stillschweigende Verabschiedung der Sozialadäquanzformel); Klein, Koalitionsfreiheit, S. 66; Meyer, ZRP 74, S. 253 f.; Säcker, GewMH 72, S. 287. A.A. Blomeyer, ZfA 75, S. 254; Scheuner, RdA 71, S. 329 (kein Ersatz der Sozialadäquanzlehre durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

Weitere Anwendungsfelder sind der Sozialadäquanzlehre aber soweit ersichtlich innerhalb des Arbeitskampfrechts auch von ihren Befürwortern nicht zugewiesen worden.

240 So etwa Adams, Streik, S. 76 ff., insbes. S. 87; Hueck in Forsthoff, Hueck, Rechtsgutachten, S. 44 f.; Welzel, Strafrecht 7. Aufl., S. 76 (Sozialadäquanz als gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund tatbestandsmäßigen Verhaltens).

241 Gegen eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Sozialadäquanzlehre spricht insbes., daß häufige Änderungen grundlegender Prinzipien der Annahme einer geschichtlich gewordenen Ordnung entgegenstehen; bei den Kriterien zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen handelt es sich zweifellos um derartige grundlegende Prinzipien.

Bei dieser Situation kann schließlich an dieser Stelle unentschieden bleiben, ob die teilweise vertretene Auffassung, die Sozialadäquanzlehre sei deshalb überflüssig, weil bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen bereits die Streik- bzw. Arbeitskampffreiheit[242] als Rechtfertigungsgrund in Betracht komme[243], als zutr. angesehen werden kann.

Ebenso kann hier dahinstehen, ob Art. 6 Zif. 4. ESC wegen der dort angeblich verankerten Anerkennung eines Streikrechts einer Anwendung der Sozialadäquanzlehre entgegensteht.[244]

c) Ablehnung der Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre im Privatrecht

Zentraler Gesichtspunkt innerhalb dieses Problemkreises ist wohl die angebliche Unvereinbarkeit des der Sozialadäquanzlehre zugrunde liegenden Unrechtsbegriffs mit demjenigen des Privat-, insbes. des Deliktsrechts.[245] Geht man davon aus, daß dieser Lehre ein handlungsbezogener Unrechtsbegriff eigen ist[246], so kommt ihre unmodifizierte Übertragung ins Privatrecht nur dann in Betracht, falls hier ebenfalls ein derartiges Unrechtsverständnis anerkannt sein sollte.

Dies wird aber soweit ersichtlich von der überwiegenden Meinung bestritten.[247] Insbes. wird darauf hingewiesen, daß Strafrecht u.

---

242 Zu Inhalt u. Bedeutung dieser Freiheiten näher unten § 3, I., 2., a,.

243 So Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 132.

244 So Ramm, AuR 67, S. 110 (Zwang zum Abschied von der Sozialadäquanzlehre durch die ESC). Zur Bedeutung von Art. 6 Zif. 4. ESC für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht noch unten § 3, I., 1., a,.

245 Vgl. dazu Bindokat, JZ 58, S. 553; Larenz, Schuldrecht BT, S. 609; Lehmann, FS für Hedemann, S. 189 f.; Stoll, JZ 58, insbes. S. 140; Wieacker, JZ 57, S. 536 f.

246 Dazu schon oben unter 1. (S. 161 f.).

247 Vgl. etwa Brox, Schuldrecht BT, S. 296; Larenz wie Fn. 245, S. 609 f. (jedenfalls bei unmittelbaren Eingriffen in geschützte Rechte u. Rechtsgüter); Lehmann wie Fn. 245, S. 189.

Privatrecht unterschiedliche Zwecke verfolgten u. daher auch von verschiedenen Rechtswidrigkeiten ausgegangen werden müsse.[248,249]

Es ist in dieser Untersuchung nicht der Ort, den letztlich hinter dieser Frage stehenden dogmatischen Streit zwischen Handlungs- u. Erfolgsunrecht zu entscheiden.[250] Gegen einen rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriff innerhalb des Privatrechts sprechen m.E. aber deutlich folgende Aspekte. § 1004 Abs. 1 BGB gibt dem Inhaber absoluter Rechte einen Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruch gegenüber Störern; die Begründetheit solcher Ansprüche ist unabh. davon, ob die Störer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei ihren Eingriffen beachtet haben.[251] Das Unrechtsverständnis des § 1004 BGB ist damit rein erfolgsbezogen. Da nun die durch § 1004 BGB geschützten Rechte bzw. Rechtsgüter auch dem Schutz durch § 823 Abs. 1 BGB unterliegen, müßte man die Rechtswidrigkeit in diesem Bereich jeweils unterschiedlich beurteilen, was wenig einsichtig ist.[252]

---

248 Vgl. Lehmann wie Fn. 245, S. 189; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 132 f. (am Beispiel des Arbeitskampfes); auch Wieacker, JZ 57, S. 536 (Hinweis auf den gerechten Schadensausgleich als Zweck des Deliktsrechts); im Ergebnis auch Bettermann, Anm. zu BGH v. 4.3.57, NJW 57, S. 986 f.

249 Im materiellen Strafrecht wird überwiegend ein handlungsbezogener Unrechtsbegriff vertreten, vgl. etwa Blei, Strafrecht AT, S. 264.

250 Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 15 f. hat m.E. zutr. aufgezeigt, daß der wesentliche Unterschied beider Lehren im differenten Verständnis des Handlungsbegriffs liegt. Es ist daher fraglich, ob man den Widerspruch wirklich so einfach beseitigen kann, wie dies Buchner, Gewerbebetrieb, S. 268 vorschlägt (Betrachtung verletzter subjektiver Rechte als Reflex von Verboten des objektiven Rechts).

251 Zu dieser Argumentation im einzelnen Larenz, Schuldrecht BT, S. 609, der an dieser Stelle zusätzlich noch auf die Unvereinbarkeit eines rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriffs mit dem Inhalt von § 227 Abs. 2 BGB hinweist.

252 Das hiergegen von Wiethölter wie Fn. 250, S. 55 vorgetragene Argument, wenn zwischen Strafrecht u. Privatrecht unterschiedliche Unrechtsgruppen gebildet werden könnten, so sei dies auch innerhalb des Privatrechts möglich, überzeugt m.E. jedenfalls dann nicht, wenn man Strafrecht u. Privatrecht zutr. unterschiedliche Zwecke zuweist (dazu bereits die Nachw. oben in Fn. 248).

Gegen einen rein handlungsbezogenen privatrechtlichen Unrechtsbegriff sprechen auch die gesetzgeberischen Motive.[253]

Schließlich sei auf eine Untersuchung von WIEACKER hingewiesen. Dort wird festgestellt, daß dem BGB kein einheitlicher Leistungsbegriff zugrunde liegt, d.h. es wird nicht einheitlich festgelegt, ob als Leistung die Leistungshandlung, der Leistungserfolg oder aber beide Komponenten maßgebend sein sollen.[254] Eine weitgehende Parallele zwischen Leistung u. Rechtswidrigkeit wird man m.E. nicht bestreiten können.[255]

Im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um das Unrechtsverständnis stehen auch die vorgebrachten Bedenken gegen die systematische Einordnung der Sozialadäquanz bei der Rechtswidrigkeit.[256] So wird v.a. auf die Wesensverschiedenheit dieser Figur gegenüber anderen Rechtfertigungsgründen hingewiesen.[257] Die Def. der Fahrlässigkeit - die mit

---

253 Vgl. Mot. II, S. 726 (jede Verletzung eines einem anderen zustehenden absoluten Rechts ist zweifellos widerrechtlich); zust. Stoll, JZ 58, S. 137 ff.

254 Vgl. Wieacker, FS für Nipperdey 1965, S. 786 ff.

255 Diese Parallele besteht deutlich in der Beziehung zwischen vertraglichen Primär- u. Sekundärleistungsansprüchen, vgl. dazu bereits oben 2. Teil (S. 64 f.). Während beim Primärleistungsanspruch das Gläubigerinteresse auf die Erbringung der geschuldeten Leistung gerichtet ist, kommt es bei den Sekundärleistungsansprüchen u.a. darauf an, daß die vorliegende Vertragsverletzung rechtswidrig ist. Zur engen Verbindung von Leistung u. Rechtswidrigkeit wie hier Gillig, Nichterfüllung, S. 6 f.

256 Oben unter 1. (S. 160).

257 Vgl. Lehmann, BGB AT 13. Aufl., S. 327 f. (Entwertung der gesetzlichen Tatbestände durch Anerkennung der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund); ders., FS für Hedemann, S. 190 (Mißachtung der durch gesicherte Rechtsprechung anerkannten Ausschlußgründe der Rechtswidrigkeit). Vgl. auch Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 11 u. S. 12 (verkehrsrichtiges Verhalten kein Rechtfertigungsgrund, sondern Element der Verbotsnorm).

der Sozialadäquanz identisch sein soll[258] - besage weder etwas über die Rechtswidrigkeit noch über die Schuld.[259]

Daran ist zutr., daß sich die Sozialadäquanzlehre bereits wegen ihres Charakters als Generalklausel deutlich von den besonderen Rechtfertigungsgründen abhebt.[260] Diese sind zudem entweder ausdrücklich gesetzlich geregelt[261] oder aber unstr. gewohnheitsrechtlich anerkannt.[262] Dies allein vermag aber m.E. einer Anerkennung der Sozialadäquanzlehre noch nicht den Boden zu entziehen, da das Entstehen "neuer" Rechtfertigungsgründe durch die bisherigen Regelungen nicht ausgeschlossen wird.[263] Entscheidender Gesichtspunkt für die Frage der Übertragbarkeit der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund ist jedoch wiederum die oben bereits skizzierte Kontroverse zwischen handlungs- u. erfolgsbezogenem Unrechtsverständnis. Wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt u. einen rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriff im Privatrecht ablehnt[264], so ist damit auch einer generellen

---

258 Vgl. bereits den entsprechenden Hinweis oben unter 1. (S. 155 vor Fn. 180).

259 Vgl. Bindokat, JZ 58, S. 554. Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 42 will die Fahrlässigkeit verstanden als verkehrserforderliche Sorgfalt dem Tatbestand zugeordnet wissen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Kritik von Larenz, Schuldrecht BT, S. 609 (Verwischung der Grenze zwischen Rechtswidrigkeit u. objektiver Fahrlässigkeit durch die Sozialadäquanzlehre).

260 Für die besonderen Rechtfertigungsgründe ist das Regel - Ausnahme - Prinzip charakteristisch, vgl. etwa Wiethölter wie Fn. 259, S. 10. Demgegenüber soll die Sozialadäquanz offenbar als allgemeiner Überprüfungsmaßstab von Handlungen dienen.

261 So etwa Notwehr (§§ 227 BGB, 32 StGB), Notstand (§§ 228, 904 BGB, 34, 35 StGB).

262 Dies gilt z.B. für die Einwilligung des Verletzten oder für das Züchtigungsrecht.

263 Es gibt keinen numerus clausus der Rechtfertigungsgründe, so zutr. etwa BGH v. 4.3.57, BGHZ 24, S. 24; Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 6 u. S. 9 f.; a.A. offenbar Lehmann, FS für Hedemann, S. 188 (§§ 823 ff. BGB vertragen keine zusätzlichen Rechtfertigungsgründe).

264 Damit wird keinem rein erfolgsbezogenen Unrechtsbegriff das Wort geredet; dagegen zu Recht Stathopoulos, FS für Larenz 1983, S. 632 f.

Zuordnung der Sozialadäquanz zur Rechtswidrigkeit der Boden entzogen.[265] Für dieses Ergebnis spricht auch die sich aus dem Gesetz z.T. deutlich ergebende Unterscheidung zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit u. Schuld;[266] wenn Sozialadäquanz u. Fahrlässigkeit wirklich identisch sind, dann kann die Zuordnung jener Figur zur Rechtswidrigkeit nicht aufrechterhalten werden.

Insgesamt ist damit m.E. sowohl eine Übertragung der Sozialadäquanzlehre in das Privatrecht als auch ihre Verwendung als Rechtfertigungsgrund innerhalb dieses Rechtsgebiets abzulehnen; dieses Ergebnis kann auch nicht durch den Hinweis auf die Geltung vom Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung entkräftet werden. Zwar trifft es zu, daß mit Hilfe dieses Grundsatzes u.a. die Anwendbarkeit von besonderen Rechtfertigungsgründen des Privatrechts im Strafrecht u. umgekehrt begründet wird.[267] Bei der Sozialadäquanz handelt es sich nach den bisherigen Ausführungen aber nicht um einen besonderen Rechtfertigungsgrund.[268] Es kann daher letztlich unentschieden bleiben, ob es eine einheitliche Rechtswidrigkeits- bzw. Unrechtsbeurteilung gibt, die für alle Teil-

---

265 Wie hier im Ergebnis wohl Wieacker, JZ 57, S. 536 f. (keine Übertragbarkeit der Sozialadäquanz als Rechtfertigungsgrund ins Privatrecht wegen des zugrunde liegenden finalen Handlungsbegriffs).

266 Vgl. Brox, Schuldrecht BT, S. 296. Zu den Schwierigkeiten der Vertreter eines rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriffs, der hierin angelegten Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit u. Schuld zu entsprechen, die Hinweise bei Stathopoulos wie Fn. 264, insbes. S. 634 ff.

Die für das Deliktsrecht getroffene Feststellung zum dreigliedrigen Aufbau gilt auch für vertragliche Anspruchsgrundlagen, jedenfalls soweit es sich um Sekundärleistungsansprüche handelt, vgl. etwa Huber, FS für E.R. Huber, S. 281 (pflichtwidriges Verhalten als Vor. für Fahrlässigkeitsvorwurf). Vgl. zum Ganzen auch Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 27 (Dreigliederung des Deliktsrechts als überkommenes u. bewährtes Denkschema).

267 Vgl. etwa die Hinweise bei Wessels, Strafrecht AT, S. 67; für universelle Geltung der Rechtfertigungsgründe ohne nähere Begründung auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 275. Allgemein zum Inhalt des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung Engisch, Einheit, S. 55 ff.

268 Gegen eine Anwendung des Grundsatzes von der Einheit der Rechtsordnung im Verhältnis von öffentlichrechtlichen u. privatrechtlichen Normen Bettermann, Anm. zu BGH v. 4.3.57, NJW 57, S. 987.

rechtsgebiete gilt.[269]

d) Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre innerhalb vertraglicher Beziehungen

Bisher wurde hauptsächlich auf die Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre innerhalb des Deliktsrechts abgestellt.[270] Um abschließend auf die zentrale These GAUL's eingehen zu können, bleibt zu prüfen, ob ungeachtet aller bisher vorgetragener Bedenken überhaupt von einer Relevanz dieser Figur innerhalb vertraglicher Beziehungen ausgegangen werden kann. Dabei ist zunächst zu erörtern, ob die von GAUL konkludent aufgestellte Behauptung, die Sozialadäquanzlehre sei innerhalb des Arbeitsvertragsrechts anwendbar, haltbar ist. [271]

Der für die Klärung dieser Frage wohl zentrale Ansatzpunkt, welche Folgen arbeitskampfbedingte Arbeitsniederlegungen auf die arbeitsvertraglichen Pflichten streikender AN haben, ist bereits an anderer Stelle[272] näher behandelt worden. Dort wurde festgestellt, daß der Vorrang des kollektiven Arbeitskampfrechts vor dem individuellen Arbeitsvertragsrecht überwiegend mit dem zweiseitig kollektiven Wesen des Arbeitskampfes begründet wird. Nun hat das BAG in diesem Zusammenhang allerdings ausgeführt, dieses eben nochmals skizzierte Ergebnis

---

269 Befürwortend etwa May, NJW 58, S. 1263; abl. z.B. Marburger, Regeln der Technik, S. 430 f.; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 132 f. Vgl. zum Ganzen auch Wiethölter, Verkehrsrichtiges Verhalten, S. 29 (mögliche Strukturgleichheit von straf- u. privatrechtlichem Unrecht kann nicht aus dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung abgeleitet werden) sowie die ausführlichen Hinweise zum gegenwärtigen Diskussionsstand innerhalb des Privatrechts bei Günther, Strafrechtswidrigkeit, S. 66 ff.

270 Dieser Aspekt der Anwendung der Sozialadäquanzlehre ist der weitaus überwiegend behandelte Fall, vgl. nur die Ausführungen von Hohenester, Grenzen der Streikfreiheit, S. 42 (sozialadäquater Streik kein Eingriff in das Recht am Unternehmen); Söllner, Arbeitsrecht, S. 93 ff. (zu den deliktsrechtlichen Folgen von rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen).

271 Gaul in Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 175 unterstellt die Möglichkeit der Anwendung der Sozialadäquanzlehre im Arbeitsvertragsrecht u. leitet daraus die Forderung nach ihrer Übertragbarkeit auf andere schuldrechtliche Vertragsformen ab.

272 Oben unter I. (S. 131 ff.)

stehe auch mit den Grundsätzen der Sozialadäquanz im Einklang.[273] Es stellt sich damit die Frage, ob diese Figur als selbständige Begründung für die Einheitstheorie angesehen werden kann, was für ihre Relevanz innerhalb des Arbeitsvertragsrechts sprechen würde.

Dies ist m.E. dann zu verneinen, wenn man mit der ganz überwiegenden Meinung die Sozialadäquanz der Rechtswidrigkeit zuordnet.[274] Die Einheitstheorie stellt gerade auf die Suspendierung der Hauptpflichten von Arbeitsverhältnissen ab. Dies ist aber keine Frage der Rechtswidrigkeit, sondern der Tatbestandsmäßigkeit, weil es darum geht, ob überhaupt eine Verletzung von arbeitsvertraglichen Pflichten vorliegt.[275] Eine solche Suspendierung kann aber mit einer derart unbestimmten Figur wie der Sozialadäquanzlehre nicht plausibel begründet werden[276], sondern bedarf entweder einer ausdrücklichen spezialgesetzlichen Regelung[277] oder einer auf verfassungsrechtlicher Grundlage basierenden Begründung.[278] Die allenfalls sehr beschränkte Bedeutung der Sozialadäquanzlehre erkennt wohl auch das BAG, wenn es es zutr. darauf hinweist, eine Vertragsverletzung sei auch denkbar, wenn das zur Vertragsverletzung führende Handeln der Sozialadäquanz entspreche.[279]

Diesem zuletzt genannten Gesichtspunkt kommt m.E. wesentliche Bedeutung zu. Wegen der innerhalb des Privatrechts grundsätzlich bestehenden Vertragsfreiheit[280] ist es potentiellen Vertragsparteien unbe-

---

273 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 6. d. G.

274 Wobei es unerheblich ist, welcher der oben in Fn. 204 angedeuteten verschiedenen Spielarten man konkret folgen will.

275 Zu Begriff u. Inhalt der Suspendierung von schuldrechtlichen Pflichten ausf. unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, I.

276 So zutr. Weireter, Sozialadäquanz, S. 117 f.

277 So etwa § 91 BDO.

278 Dazu im hier interessierenden Zusammenhang noch näher die Überlegungen unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, III., 1., d,.

279 Vgl. BAG wie Fn. 273; ebenso Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II 14. Aufl., S. 918.

280 Dazu im einzelnen unten § 3, II., 3.

nommen, Vertragspflichten zu vereinbaren, die bereits dann verletzt werden, wenn sich die ursächlichen Handlungen noch im Rahmen der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen, m.a.W. der mögliche Maßstab zur Beurteilung des Vorliegens einer Vertragsverletzung ist sehr viel präziser fixierbar, als dies aufgrund der Sozialadäquanz realisierbar wäre. Entscheidend ist somit der Grundsatz der Vertragsfreiheit u. nicht der angebliche Vorrang des Grundsatzes pacta sunt servanda vor dem Interesse an der Erlangung gerechter Arbeitsbedingungen.[281] Mit diesem Vorrang ist bereits deshalb nicht allzuviel anzufangen, weil diverse nicht nur unerhebliche Durchbrechungen anerkannt sind.[282]

Es ist daher auch wenig hilfreich, die Sozialadäquanz als geeignete Richtschnur zur Überprüfung des aufgrund der Anwendung des Gedankens des zweiseitig kollektiven Wesens des Arbeitskampfes gewonnenen Ergebnisses heranziehen zu wollen.[283] Die geringe Brauchbarkeit dieses Vorschlags wird jedenfalls dann deutlich, wenn man das hierzu vorgetragene Argument, die Unterbrechung[284] des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitskampf widerspreche nicht den geschichtlich gewordenen Gerechtigkeitsvorstellungen, analysiert. Vor der an dieser Stelle bedeutsamen BAG-Entscheidung war die Auffassung herrschend, die Arbeitsniederlegung beim Streik bzw. die Ausschließung von der Arbeit stelle nur dann keinen Arbeitsvertragsbruch dar, wenn die Arbeitsverhältnisse vorher ordnungsgemäß gekündigt wurden.[285] Diese individualrechtlichen Kündigungen führten aber zwangsläufig zur Beendigung der jeweiligen Arbeitsverhältnisse;[286] die i.d.R. später de facto vorgenommenen

---

281 So aber Weireter, Sozialadäquanz, S. 114.

282 Vgl. nur den diesbezüglichen Hinweis bei Esser, JZ 63, S. 489.

283 Vgl. dazu Weireter wie Fn. 281, S. 118 f.

284 Gemeint ist wohl die zumindest vorübergehende Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

285 Zum Inhalt der hinter diesem Ergebnis stehenden individualrechtlichen Arbeitskampftheorie bereits näher oben unter I. (S. 132 f.).

286 So zutr. Seiter, Streikrecht, S. 8 (Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigungsstreiks).

Wiedereinstellungen vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.[287]

Damit ist bereits der Ausgangspunkt von GAUL's These zurückzuweisen. Im übrigen wird soweit ersichtlich eine Anwendung der Sozialadäquanzlehre im Recht der Schuldverträge nicht überzeugend vertreten.[288]

Insgesamt steht somit fest, daß auch die Sozialadäquanzlehre keinen brauchbaren Beitrag zur Begründung eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht zu leisten vermag. Es bleibt daher abschließend die Tragfähigkeit des Ansatzes vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand zu erörtern.

III. Die Tragfähigkeit des Ansatzes vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand zur Begründung des Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht

1. Die These vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand

MAYER-MALY begründet die Zuordnung des Arbeitskampfes zu den Eingriffen von hoher Hand mit seiner angeblichen Verwandtschaft zur Enteig-

287 Die Widersprüchlichkeit von Weireters Argumentation wird auch dadurch deutlich, daß er an anderer Stelle (S. 114) Verletzungen von TV, die ebenfalls schuldvertragliche Elemente haben (vgl. dazu die Hinweise oben 2. Teil, S. 98), als nicht innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens stehend ansehen will; dazu auch Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 218 (tarifwidriger Arbeitskampf steht grundsätzlich außerhalb des Bereiches der Sozialadäquanz).

288 Selbst Nipperdey, der wohl als maßgeblicher Vertreter der Sozialadäquanzlehre angesehen werden kann, befürwortet ihre Anwendung nur im Deliktsrecht u. lehnt sie innerhalb vertraglicher Beziehungen ausdrücklich ab, vgl. Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II 14. Aufl., S. 918; a.A. zu Unrecht Promberger, Arbeitskampf, S. 18 (Bedeutung der Sozialadäquanzlehre greift über Deliktsrecht hinaus; sie enthält umfassende Stellungnahme zum Problem der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen).

nung.[289,290] Eine Subsumption des Arbeitskampfes unter den Begriff der höheren Gewalt wird demgegenüber von ihm abgelehnt.[291] Beide Auffassungen haben Kritik erfahren[292], wobei sich der Schwerpunkt der Auseinandersetzung auf den Aspekt des Eingriffs von hoher Hand bezieht.[293] Eine nähere Betrachtung der krit. Stimmen zeigt allerdings, daß es sich größtenteils um eher beiläufige Stellungnahmen handelt[294], die kaum als vollständig u. abschließend angesehen werden können. Um die Haltbarkeit MAYER-MALY's These zu überprüfen, erscheint es sinnvoll, Enteignung u. Arbeitskampf gegenüberzustellen[295] u. beide Erscheinungen im Hinblick auf Unterschiede u. Gemeinsamkeiten zu analysieren.

---

289 Vgl. Mayer-Maly, Referat, S. 8; ders., Drittbetroffene Betriebe, S. 48 (These 5); allgemein zur Zuordnung des Arbeitskampfes zu den Eingriffen von hoher Hand auch Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S. 37. Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 629 Abs. 1 Nr. 1 HGB, der den Begriff "Verfügungen von hoher Hand" enthält, worunter staatliche Maßnahmen zu verstehen sind, vgl. Schaps/Abraham, Seerecht, § 629, Rdnr. 1; ähnl. auch Helm in Großkomm. HGB, § 452, Anh. II (§ 34 KVO), Anm. 14 (Eingriffe öffentlicher Behörden) zu § 34 S. 1 Buchst. b, KVO.

290 Zur systematischen Einordnung dieses Ansatzes innerhalb der einzelnen zum Fragenkreis der privatrechtlichen Haftung vertretenen dogmatischen Ausgangspunkte bereits oben 1. Teil (S. 53 f.).

291 Vgl. Mayer-Maly, Referat, S. 8; a.A. insoweit Horion, Sammlung des Arbeitsrechtes Bd. 2, S. 63 u. Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 13 f., die im Ergebnis Arbeitskämpfe als Fälle höherer Gewalt ansehen wollen; ebenso im Zusammenhang mit § 608 Abs. 1 HGB auch Helm, Haftung, S. 118.

292 Vgl. die Stellungnahmen von Lauschke, DB 66, S. 137; Löwisch, RdA 67, S. 47; derselbe, AcP 174, S. 243 f.; Mühlen wie Fn. 291, S. 11 ff.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 81 f.

293 Die Frage, ob Arbeitskampfmaßnahmen u.U. als Erscheinungsformen höherer Gewalt angesehen werden können, hat keinen unmittelbaren Bezug zum Aspekt eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht; dieses Problem konnte daher ohne weiteres aus dem Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ausgegliedert werden (oben 1. Teil, S. 58). Vgl. dazu auch noch die Hinweise unten 3. Kap., § 1.

294 Tiefgehender sind lediglich die Gedanken von Löwisch, AcP 174, S. 243 f.

295 Diese Vorgehensweise wird damit begründet, daß wegen der offenkundigen Parallele zwischen Eingriffen u. Verfügungen von hoher Hand (dazu oben Fn. 289) nur staatliche Maßnahmen als Vergleichsmaßstab in Betracht kommen können, dazu sind aber auch Enteignungen zu zählen.

2. Enteignung und Arbeitskampf - Gemeinsamkeiten und Unterschiede

a) Enteignung

Die Enteignung wird in einer Reihe verschiedener, systematisch dem öffentlichen Recht zuzurechnenden Vorschriften erwähnt[296], von denen Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG als die wohl grundlegendste anzusehen ist. Sie ist ein Mittel zur - vollständigen oder teilweisen[297] - Entziehung von Eigentum.[298] I.a. wird sie definiert als unzumutbare, rechtmäßige, vermögensmindernde Beeinträchtigung von vermögenswerten Rechten durch unmittelbaren staatlichen Eingriff zum Wohle der Allgemeinheit.[299,300]

Das Merkmal der Unzumutbarkeit dient zur Abgrenzung zwischen der entschädigungspflichtigen Enteignung u. der entschädigungslosen Sozial-

---

296 Vgl. z.B. §§ 85 ff. BBauG, 19 Abs. 1 FStrG, 10 ff. LBG u. Art. 1 ff. BayEG. Vgl. auch die Hinweise bei Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 254 u. 255.

297 Daher wird folgerichtig zwischen Voll- u. Teilenteignung differenziert, vgl. etwa Scholz, Staatshaftungsrecht, S. 45 u. S. 46.

298 Zu weiteren wichtigen Formen der Eigentumsentziehung - Konfiskation (hier i.w.S., dazu Dicke, in: von Münch, GG - K Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 32), Eigentumsumschichtung u. Sozialisierung - sowie zu ihrer Abgrenzung zur Enteignung ausf. Klein, Eigentumsbindung, S. 10 ff.

299 Vgl. etwa Dicke wie Fn. 298, Art. 14, Rdnr. 53; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdnr. 71. Dieser Def. liegt der sog. enge Enteignungsbegriff zugrunde, der den enteignungsgleichen Eingriff nicht mit umfaßt. Zur Darstellung u. Diskussion des engen u. weiten Enteignungsbegriffs näher Schulte, Dogmatik, S. 30 ff. m.w.N. Zum Verhältnis von Enteignung u. Aufopferung BGH v. 12.4.54, BGHZ 13, S. 91 (Enteignung als Sonderregelung).

300 Das Merkmal "Wohl der Allgemeinheit" ist zwar kein Bestandteil des Enteignungsbegriffs - wie hier Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 267 -, es wird hier aber erwähnt, da es letztlich den Zweck einer Enteignung darstellt u. damit in untrennbarem Zusammenhang dazu steht, vgl. z.B. BVerfG v. 12.11.74, BVerfGE 38, S. 179 f.; Lepa, Inhalt der Grundrechte, S. 243 f.; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 228; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 14, Rdnr. 13. Die Verfolgung des Allgemeinwohls stellt neben der gesetzlichen Entschädigungsregelung eine Zulässigkeitsvor. für Enteignungen dar, vgl. Schulze-Osterloh, Eigentumsopferentschädigung, S. 92.

bindung.[301] Das Kriterium der Rechtmäßigkeit unterscheidet die Enteignung vom sog. enteignungsgleichen Eingriff.[302,303] Vermögenswerte Rechte sind gem. dem weiten Eigentumsbegriff[304] jedenfalls sämtliche einer Person zustehenden privaten Rechte, die Vermögenswert haben;[305,306] dazu zählen u.a. auch schuldrechtliche Ansprüche, sofern sie

301 So zutr. Dicke, in: von Münch, GG - K Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 55. Zur häufig problematischen, hier nicht näher interessierenden Abgrenzung von Enteignung, insbes. Teilenteignung, u. Sozialbindung näher Lepa wie Fn. 300, S. 247 ff.; Scholz, Grundgesetz I, S. 199 ff. jeweils mit Hinweisen auf die von BGH u. BVerwG hierzu herangezogenen verschiedenen Theorien.

302 Vgl. etwa Maunz in Maunz/Dürig, Art. 14, Rdnr. 71; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 229; Schulte, Dogmatik, S. 31 f. Z.T. wird behauptet, der Enteignungsbegriff des Art. 14 Abs. 3 GG umfasse sowohl rechtmäßige als auch rechtswidrige Beeinträchtigungen, dazu die Nachw. bei Schulze-Osterloh, Eigentumsopferentschädigung, S. 91 Fn. 16; diese Auffassung hat sich jedoch nicht durchsetzen können.

303 Zu den Kennzeichen des enteignungsgleichen Eingriffs BGH v. 9.5.60, NJW 60, S. 1620; Dicke, in: von Münch, GG - K Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 59; Lepa, Inhalt der Grundrechte, S. 252 f.; Scholz, Staatshaftungsrecht, S. 54. Zu Beispielen für enteignungsgleiche Eingriffe BGH v. 15.11.73, LM Art. 14 (B) GG Nr. 1, Sv. sowie unter 1.-5.d.G.; BGH v. 23.6.75, NJW 75, S. 1881 sowie die Hinweise bei Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 234. Zur aktuellen Geltung dieses Rechtsinstituts Krohn, WM 84, S. 826 ff. mit Hinweisen auf die neuere diesbezügliche Rechtsprechung des BGH.

304 Der weite Eigentumsbegriff ist unter dem GG anerkannt u. wird bei der Interpretation von Art. 14 GG unbestritten zugrunde gelegt, vgl. etwa Dicke wie Fn. 303, Art. 14, Rdnr. 16; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdnr. 32.

305 Vgl. BGH v. 10.6.52, BGHZ 6, S. 278; Dicke wie Fn. 303, Art. 14, Rdnr. 17; Hamann/Lenz, GG, Art. 14, Anm. B. 1. b,; Maunz wie Fn. 304, Art. 14, Rdnr. 32; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 224; von Mangoldt/Klein, GG, Art. 14, Anm. III. 1. b,. Der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff ist damit wesentlich weiter als der in § 903 BGB formulierte bürgerlichrechtliche Begriff, vgl. Meyer-Abich, Schutzzweck, S. 23; MünchKomm/Säcker, BGB, § 903, Rdnr. 1 m.w.N. in Fn. 2. Eine davon zu unterscheidende, hier nicht näher interessierende Frage ist, ob der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG durch das bürgerliche Recht geprägt wird - so die ständige Rechtsprechung des BGH - oder direkt dem GG zu entnehmen ist, wovon das BVerfG in ständiger Rechtsprechung ausgeht; zu diesem Problemkreis näher Battis/Felkl - Brentano, JA 83, S. 494 m.w.N.; vgl. auch den Hinweis bei Olzen, JuS 84, S. 328 auf die Bedeutung des Verhältnisses beider Eigentumsbegriffe für den Inhalt des privatrechtlichen Eigentumsbegriffs.

einem Rechtssubjekt bereits zustehen.[307] Solche Rechte müssen beeinträchtigt werden, d.h. es muß in die vermögenswerten Rechte eines oder mehrerer Rechtsträger eingegriffen werden.[308] Die Beeinträchtigung muß auf einem staatlichen Eingriff beruhen[309], sie muß also durch

---

306 Ob u. ggf. in welchem Umfang auch öffentlichrechtliche Rechtspositionen unter den weiten Eigentumsbegriff des Art. 14 GG fallen, kann hier offen bleiben; zum Streitstand näher Dicke wie Fn. 303, Art. 14, Rdnr. 17 ff.; Lepa wie Fn. 303, S. 231 f.; Maunz wie Fn. 304, Art. 14, Rdnr. 33 ff.; Maunz/Zippelius wie Fn. 305, S. 224 f.

307 Vgl. BVerfG v. 20.4.66, BVerfGE 20, S. 34 (Vergütungsanspruch); BVerfG v. 18.3.70, BVerfGE 28, S. 141 f.; Dicke wie Fn. 303, Art. 14, Rdnr. 13; Hamann/Lenz wie Fn. 305, Art. 14, Anm. B. 1. b,; Maunz wie Fn. 304, Art. 14, Rdnr. 32; Maunz/Zippelius wie Fn. 305, S. 224; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 14, Rdnr. 3; von Mangoldt/Klein wie Fn. 305, Art. 14, Anm. III. 1.b,. Dieser Posten wird hier deshalb besonders herausgestellt, weil das Problem der arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen trotz den im Vergleich zu den früheren Untersuchungen zur privatrechtlichen Haftung hier vorgenommenen Erweiterungen der potentiellen Anspruchssteller - Anspruchsgegner - Konstellationen auch in dieser Arbeit einen wesentlichen Aspekt der Erörterungen bildet (vgl. dazu bereits die Hinweise oben Einl., S. 5 unter 1. sowie Fn. 16 u. 2. Teil, S. 64 ff.). Charakteristikum der arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen ist aber nun gerade, daß durch Arbeitskämpfe in schuldrechtliche Verträge mit Dritten eingegriffen u. damit auf bestehende Ansprüche solcher Dritter Einfluß genommen wird. Ohne hier auf die z.T. problematische Abgrenzung zwischen dem von Art. 14 GG geschützten Eigentum u. den hiervon nicht erfaßten bloßen Aussichten, Erwartungen u. Chancen näher eingehen zu können, kann m.E. grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß derartige Ansprüche, die z.B. auf Lieferung einer Sache oder Herstellung eines Werkes gerichtet sind, vermögenswerten Charakter haben.

308 Zu Begriff u. möglichen Formen der Beeinträchtigung Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 256; Maunz wie Fn. 304, Art. 14, Rdnr. 77 ff. jeweils m.w.N.

309 Das Kriterium des Eingriffs dient zur z.T. schwierigen Abgrenzung gegenüber einer bloßen Gefährdung, die den Tatbestand einer Enteignung nicht erfüllt, vgl. Kimminich wie Fn. 308; Maunz wie Fn. 304, Art. 14, Rdnr. 80.

Gesetz[310] oder aufgrund eines Gesetzes[311] erfolgen.[312,313] Der staatliche Eingriff muß unmittelbar zu einer Beeinträchtigung des Eigentums führen.[314] Der Inhalt dieses Kriteriums hat im Laufe der Zeit eine wesentliche Änderung erfahren.[315] Ursprünglich wurde die Unmittelbarkeit als gewollte u. zielgerichtete Beeinträchtigung interpretiert;[316] die neuere Rechtsprechung[317] hat diese strengen Anforderungen aufgegeben, Unmittelbarkeit bedeutet danach nichts anderes mehr als Kausalität zwischen Eingriff u. Beeinträchtigung.[318]

---

310 Sog. Legalenteignung.

311 Sog. Administrativenteignung.

312 Vgl. Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 249; Lepa, Inhalt der Grundrechte, S. 244 f.; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 228. Zum Verhältnis von Legal- u. Administrativenteignung, insbes. im Hinblick auf ein mögliches Wahlrecht des Gesetzgebers BVerfG v. 18.12.68, BVerfGE 24, S. 399 ff.; Kimminich wie oben, Art. 14, Rdnr. 250.

313 Ob unter "Gesetz" i.S.v. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG nur Gesetze im formellen, oder auch solche im nur materiellen Sinne zu verstehen sind, kann hier unentschieden bleiben; zum Streitstand ausf. Dicke, in: von Münch, GG - K Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 75 m.w.N.

314 Vgl. BGH v. 4.2.57, BGHZ 23, S. 240; BGH v. 15.3.62, BGHZ 37, S. 46 f.; BGH v. 24.11.67, BGHZ 49, S. 343 f.; BGH v. 28.2.80, NJW 80, S. 2458 m.w.N.

315 Vgl. die diesbezüglichen Hinweise bei BGH v. 6.11.64, DÖV 64, S. 203; BGH v. 22.5.67, DVBl 68, S. 22; Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 263; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rdnr. 86.

316 So BGH v. 4.2.57, BGHZ 23, S. 240.

317 So erstmals BGH v. 15.3.62, BGHZ 37, S. 46 f.

318 So zutr. Dicke wie Fn. 313, Art. 14, Rdnr. 57 m.w.N. Zu den zur Haftungsbegrenzung bei Entschädigungsfällen notwendigen, an die Stelle des gezielten u. gewollten Eingriffs tretenden Kriterien näher Kimminich wie Fn. 315, Art. 14, Rdnr. 265 f.

b) Arbeitskampf

Der Arbeitskampf kann allgemein umschrieben werden als eine von AG u./oder AN-Seite ergriffene kollektive Maßnahme zur Ausübung wirtschaftlichen Druckes, um bestimmte Ziele zu erreichen.[319] Aus diesem weiten Arbeitskampfbegriff können zwar unmittelbar keine rechtlich relevanten Folgerungen abgeleitet werden[320], dies steht aber m.E. seiner Charakterisierung bzw. einem Vergleich mit der Enteignung nicht entgegen, da es an dieser Stelle der Untersuchung nicht auf einzelne rechtliche Probleme des Arbeitskampfes selbst ankommen kann. Es bedarf daher der Prüfung, ob auch der Arbeitskampf als unzumutbare, rechtmäßige vermögensmindernde Beeinträchtigung durch unmittelbaren staatlichen Eingriff angesehen werden kann.

c) Vergleichbarkeit von Enteignung und Arbeitskampf

Schon hinsichtlich des Kriteriums der Unzumutbarkeit bestehen m.E. erhebliche Bedenken im Hinblick auf Parallelen zwischen beiden Phänomenen. Anknüpfungspunkt für diese Beurteilung ist, daß zwischen rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskämpfen zu unterscheiden ist.[321] Ein unzumutbarer, d.h. von den potentiell Betroffenen nicht hinzunehmender Eingriff wird aber lediglich bei rechtswidrigen Arbeitskämpfen anzunehmen sein. Da rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen von der

---

319 Vgl. statt vieler Söllner, Arbeitsrecht, S. 71; spezieller Herschel, Arbeitsrecht, S. 23; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 870; z.T. abw. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 13.

320 Zutr. Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 141; Söllner wie Fn. 319.

321 Dazu sowie zu den einzelnen Kriterien zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen in anderem Zusammenhang unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

Rechtsordnung nicht privilegiert werden[322], stehen dem Kampfgegner verschiedene Möglichkeiten zur Seite, um solche Eingriffe bzw. deren Folgen abzuwehren.[323] Anders ist demgegenüber die Rechtslage bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen. Wie sich bereits bei der Behandlung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht gezeigt hat[324], kann hier zunächst davon ausgegangen werden, daß die von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen Betroffenen diese Eingriffe in ihre Rechtspositionen grundsätzlich hinzunehmen haben, ohne daß ihnen irgendwelche Sanktionsmöglichkeiten zustehen.[325] Der wesentliche Grund hierfür liegt darin, daß derartige Arbeitskämpfe wegen der damit verbundenen, erwünschten Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen einen übergeordneten, in vielen Fällen sogar gesamtwirtschaftlichen Aspekt haben[326], dem gegenüber die vermögenswerten Interessen Einzelner zurückzutreten haben. In den Fällen rechtmäßiger Arbeitskämpfe ist daher von der Zumutbarkeit darauf zurückzuführender Eingriffe in vermögenswerte Rechtspositionen auszugehen. Im Gegensatz dazu sind per definitionem auch rechtmäßige Enteignungen für den bzw. die Betroffenen unzumutbar.[327] Zwar sind auch sie wegen der ebenfalls insoweit übergeordneten Interessen der Allgemeinheit hinzunehmen[328], sie lö-

322 Zur Stellung des rechtswidrigen Arbeitskampfes in der Rechtsordnung gleich näher unten § 3, I., 2., insbes. unter f,. Vgl. auch die Hinweise auf die Privilegierung lediglich von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen durch die Einheitstheorie (oben unter I., S. 134 u. Fn. 77).

323 Hingewiesen sei nur auf Schadensersatz- u. Unterlassungsansprüche gegen den Kampfgegner u./oder dessen Mitglieder, vgl. dazu etwa Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 197 ff.; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 86.

324 Oben unter I. (S. 131 ff.).

325 Dies wird ganz deutlich, wenn man daran erinnert, daß rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen bereits tatbestandlich keine Arbeitsvertragsverletzung begründen.

326 Zu diesem Aspekt noch näher unten § 3, I., 2., d,.

327 Vgl. die hier zugrunde gelegte Def. des Enteignungsbegriffs (oben unter a, S. 178), wonach die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in das Eigentum ein Bestandteil des Enteignungsbegriffs ist.

328 Vgl. BVerfG v. 12.11.74, BVerfGE 38, S. 181; Dicke, in: von Münch, GG - K Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 56; konsequent wird daher das Wohl der Allgemeinheit als Zulässigkeitsvor. für eine Enteignung ange-

sen aber regelmäßig Ansprüche gegenüber dem Eingreifenden aus.[329]

Beim Merkmal der vermögensmindernden Beeinträchtigung vermögenswerter Rechte bestehen dagegen zwischen Enteignung u. Arbeitskampf insoweit Parallelen, als beide Erscheinungen bei den jeweils davon Betroffenen derartige Einbußen zur Folge haben können. Der Arbeitskampf hat unmittelbar zum Ziel, dem Kampfgegner Schäden zuzufügen, um letztlich eine Änderung der aktuellen Arbeitsbedingungen durch TV herbeizuführen.[330] Daß dabei nicht nur der Kampfgegner, sondern auch nicht unmittelbar kampfbeteiligte Dritte vermögensmindernde Beeinträchtigungen erleiden können, ist ebenfalls in der Natur des Arbeitskampfes begründet.[331] Dieser ist eben nicht als betriebsinterner u. damit beschränkbarer Vorgang zu begreifen[332], sondern greift in einer arbeitsteiligen Wirtschaftsordnung weit über einzelne isolierte Wirtschaftseinheiten hinaus.[333]

Schließlich ist noch zu prüfen, ob Arbeitskampfmaßnahmen als unmittelbare staatliche Eingriffe angesehen werden können. Zieht man für die Beurteilung der Unmittelbarkeit die neuere Rechtsprechung zur Enteig-

---

sehen, vgl. Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 267. · Demgegenüber besteht bei rechtswidrigen Eingriffen in das Eigentum keine Duldungspflicht des Betroffenen; dieser kann vielmehr - im verwaltungsgerichtlichen Verfahren - Aufhebung der Maßnahme verlangen, vgl. Dicke, in: von Münch, GG - K Bd. 1, Art. 14, Rdnr. 56. Zur Bedeutung der neueren Rechtsprechung des BVerfG in den Fällen rechtswidriger Eigentumsverletzungen durch hoheitliche Maßnahmen näher Battis/Felkl - Brentano, JA 83, S. 497 f.

329 Es handelt sich dabei um einen Entschädigungsanspruch; zum Inhalt dieses Anspruchs sowie zu seiner Unterscheidung von Schadensersatzansprüchen etwa Dicke wie Fn. 328, Art. 14, Rdnr. 80.

330 Vgl. nur Löwisch, AcP 174, S. 234 f. u. S. 243. Es ist evident, daß z.B. Produktionsausfälle als typische unmittelbare u. mittelbare Folgen von Arbeitskämpfen grundsätzlich unter den weiten Eigentumsbegriff des Art. 14 GG fallen.

331 Dazu bereits der Hinweis auf entsprechende Kampftaktiken der Gewerkschaften oben 2. Teil (S. 83 Fn. 100).

332 Insoweit zutr. Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 12 f.

333 Dazu bereits oben Einl. (S. 2 f. i.V.m. Fn. 6). Zum Ganzen auch Müller, GewMH 72, S. 273 f.; Säcker, GewMH 72, S. 295 sowie oben 1. Kap. (S. 122).

nung heran[334], so liegen die dort geforderten Vor. auch bei Arbeitskampfmaßnahmen unbestreitbar vor. Die bisher zum hier im Blickpunkt stehenden Thema vorliegenden Äußerungen gehen zumindest stillschweigend davon aus, daß der Arbeitskampf als unmittelbare Ursache i.S.d. Äquivalenztheorie für Beeinträchtigungen der Rechte Dritter in Betracht kommen kann.[335]

Fraglich ist demgegenüber, ob Arbeitskämpfe als Akte der öffentlichen Gewalt angesehen werden können. Dagegen spricht zunächst, daß Arbeitskämpfe weder vom Staat als Träger hoheitlicher Gewalt geführt noch in dieser Eigenschaft gegen ihn gerichtet werden.[336] Kampfgegner sind vielmehr regelmäßig Gewerkschaften u. AG-Verbände bzw. einzelne AG u. AN, d.h. natürliche Personen bzw. in privatrechtlicher Rechtsform organisierte Vereinigungen.[337]

---

334 Vgl. bereits die Hinweise oben in Fn. 315 u. 317 sowie Kimminich in Bonner Kommentar, Art. 14, Rdnr. 264 m.w.N. der BGH-Rechtsprechung.

335 Dazu die Hinweise oben 2. Teil (S. 70 u. Fn. 44). Dies gilt jedenfalls grundsätzlich für arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen.

336 Wie hier im Ergebnis Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 24 f. Dies gilt selbstverständlich auch für Arbeitskämpfe im öffentlichen Dienst. Der Staat handelt insoweit gegenüber Angestellten u. Arbeitern des öffentlichen Dienstes in seiner Eigenschaft als AG, zutr. wie hier Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 33. Da zu diesen Personen arbeitsvertragliche u. damit privatrechtliche Beziehungen bestehen, liegt kein hoheitliches, sondern fiskalisches Handeln vor; Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gilt hier zunächst ohne Einschränkungen, so daß der h.M., die Streiks der gerade genannten AN-Gruppen grundsätzlich als zulässig ansieht, zuzustimmen ist, vgl. etwa Däubler, Streik, S. 94; Hanau, ZRP 74, S. 111; Menzel, DÖV 69, S. 519; Reuß, DVBl 68, S. 62; zur Gegenmeinung z.B. Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 144; zu möglichen Einschränkungen etwa Schwerdtfeger wie oben. Anders stellt sich die Rechtslage allerdings im Falle der Beamten dar, da diese in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Staat stehen (Art. 33 Abs. 4 GG); dies bleibt jedoch im Hinblick auf Arbeitskämpfe ohne Folgen, da den Beamten im Gegensatz zu AN des öffentlichen Dienstes nach ganz h.M. kein Streikrecht zusteht, vgl. statt vieler Germelmann, Streikrecht, S. 62; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 305 m.w.N. in Fn. 8, 9 u. 10. Andererseits dürfen Beamte auch nicht ausgesperrt werden, vgl. etwa Menzel, DÖV 69, S. 520; Reuß, DVBl 68, S. 62.

337 Die gegenwärtig etablierten Gewerkschaften sind zwar im Gegensatz zu den AG-Verbänden i.d.R. als nicht-rechtsfähige Vereine i.S.v. §

Auch das derzeit bestehende Verbot der Zwangsschlichtung[338] ist an dieser Stelle einzubringen; daraus ergibt sich, daß sich der Staat jeglicher direkten Einflußnahme im Zusammenhang mit angestrebten TV zu enthalten hat. Es wäre wenig einsichtig, wenn man dem Staat über Arbeitskampfmaßnahmen dann doch eine solche Einflußnahme zugestehen würde; in beiden Fällen wäre die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gefährdet, wie noch zu zeigen sein wird.

Diese Zusammenhänge, die m.E. deutlich gegen die Qualifikation von Arbeitskampfmaßnahmen als Akte der öffentlichen Gewalt sprechen, versucht MAYER-MALY nun dadurch zu entkräften, indem er die These aufstellt, Gewerkschaften, AG-Verbände u. einzelne AG handelten als beliehene Verbände, wenn sie nach Beendigung eines Arbeitskampfes einen TV zum Abschluß brächten.[339] Fraglich ist dabei bereits, ob die sozialen Gegenspieler auch bei der an dieser Stelle allein entscheidenden Führung von Arbeitskampfmaßnahmen als Beliehene angesehen werden können. Immerhin ließen sich diese Zweifel u.U. durch den Hinweis ausräumen, daß Arbeitskämpfe nicht als Selbstzweck angesehen werden dürfen, sondern ein im Einzelfall notwendiges Mittel zum Abschluß eines TV u. damit zur Ausgestaltung der Tarifautonomie sind.[340] Dennoch vermag MAYER-MALY's These nicht zu überzeugen. Trotz des möglicherweise bestehenden Zusammenhangs zwischen Arbeitskampf u. TV handelt es sich

---

54 BGB organisiert - vgl. z.B. Schaub, Handbuch, S. 1122 u. S. 1125; Söllner, Arbeitsrecht, S. 66 - u. damit keine juristischen Personen des Privatrechts; gleichwohl ist selbstverständlich auch der nicht-rechtsfähige Verein eine Rechtsform des Privatrechts. Im übrigen ist diese Diff. von untergeordneter Bedeutung, da nach h.M. auf Gewerkschaften die Vorschriften zum rechtsfähigen Verein (§§ 21 ff. BGB) entsprechend angewendet werden, vgl. z.B. OLG Frankfurt v. 19.12.84, ZIP 85, S. 215.

338 Zur Bedeutung dieses Verbots noch näher unten § 3, I., 2., d,.

339 Vgl. Mayer-Maly, Referat, S. 8; ebenso Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 141 (allerdings unter unzutr. Qualifikation der Rechtsform der AG-Verbände). Da wegen § 2 Abs. 1 TVG auch einzelne AG tariffähig sind u. daher rechtmäßig Arbeitskämpfe führen dürfen, ist es m.E. terminologisch exakter, im folgenden von "Beliehenen" zu sprechen; wie hier Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, S. 453.

340 Zum Zusammenhang zwischen TV, Arbeitskampf u. Tarifautonomie näher unten § 3, I., 2., d, aa,. Auch Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 25 weist im Rahmen der Auseinandersetzung mit dieser These von Mayer-Maly auf den eben genannten Zusammenhang hin.

dabei letztlich um zwei verschiedene Mittel im Hinblick auf die Regelung von Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen. Dies wird jedenfalls dann evident, wenn man der hier noch zu skizzierenden Systematik des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG folgt u. die beiden an dieser Stelle allein interessierenden Phänomene - TV u. Arbeitskampf - entsprechend zuordnet.[341] Selbst wenn man aber diese Systematisierung beiseite lassen würde u. TV u. Arbeitskampf quasi als untrennbare Einheit ansehen wollte, bestehen gegen MAYER-MALY's Auffassung weitere Bedenken.

Unter "Beleihung" versteht man allgemein die Übertragung von öffentlichrechtlichen Aufgaben auf - i.d.R. natürliche u. juristische - Personen des Privatrechts, die diese im eigenen Namen ausführen.[342,343] Vor. für eine solche Beleihung sind das Vorliegen eines Beleihungsaktes[344], die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch den Beliehenen sowie dessen Aufsicht durch den Staat.[345]

Bereits das Vorliegen eines staatlichen Beleihungsaktes ist im Falle der TV-Parteien zweifelhaft. Während nämlich der Rechtssatzcharakter von Tarifnormen heute anerkannt ist[346], besteht über die Legitima-

---

341 Vgl. dazu die Ausführungen unten § 3, I., 2., c, bb, bbb,.

342 Vgl. o.V., JA 69, S. 745; Scholz, Verwaltungsrecht I, S. 43 f.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, S. 452.

343 Da auch nicht-rechtsfähige Vereinigungen beliehen werden können - vgl. nur o.V. wie Fn. 342; Wolff/Bachof wie Fn. 342, S. 453 - wäre eine Beleihung der Gewerkschaften insoweit keinen Bedenken ausgesetzt.

344 Dieser Akt muß durch oder aufgrund eines Gesetzes vorgenommen werden, vgl. BVerwG v. 14.3.69, DVBl 70, S. 736; Achterberg, Verwaltungsrecht, S. 310; von Heimburg, Verwaltungsaufgaben, S. 36 f.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 537; Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 141.

345 Vgl. Mayer, Verwaltungsrecht, S. 75; Scholz, Verwaltungsrecht I, S. 46.

346 Der früher bestehende Meinungsstreit um die Rechtsnatur des TV als Vertrag oder Rechtssatz - soweit es um den normativen Teil des TV geht - kann heute als zugunsten der hier als zweiter Alt. aufgeführten Auffassung entschieden angesehen werden, vgl. zu den verschiedenen Ansatzpunkten näher etwa Bulla, DB 80, S. 104; Nipperdey/Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I B, unter I.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 21 ff. m.w.N.

tion der TV-Parteien zur Rechtssetzung Streit.[347] Soweit ersichtlich vertritt die heute als überwiegend anzusehende Meinung die Auffassung, diese Kompetenz beruhe auf der Delegation staatlicher Normsetzungsbefugnisse.[348] Ob aber der als Delegationsnorm angesehene § 1 TVG[349] als Grundlage eines staatlichen Beleihungsaktes angesehen werden kann, ist fraglich. BIEDENKOPF hat m.E. zu Recht darauf hingewiesen, daß eine Delegation von öffentlichrechtlichen Befugnissen - hier die Befugnis zur Setzung von Normen - zur Vor. haben müsse, daß der staatliche Gesetzgeber den zu delegierenden Bereich auch selbst regeln könne.[350] Im Falle der Gestaltung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen ist dies aber jedenfalls nicht im vollen Umfang gegeben. Wie noch

---

347 Soweit ersichtlich werden hierzu drei verschiedene Ansätze vertreten: Nach der sog. Delegationstheorie beruht die Normsetzungsbefugnis der TV-Parteien auf einer entsprechenden Übertragung durch einfaches Gesetz, d.h. die Tarifautonomie hat keinen originären, sondern derivativen Charakter. Die Auffassung v. vorstaatlichen Charakter der Tarifautonomie behauptet dagegen den originären Charakter; zur Begründung wird insbes. auf die historische Entwicklung des TV hingewiesen, der aufgrund des Willens der daran beteiligten Vertragsparteien, nicht aber durch den Staat entstanden sei. Eine zwischen den beiden soeben skizzierten Ansätzen vermittelnde Theorie - sog. Lehre von der verfassungsunmittelbaren Autonomie - sieht demgegenüber Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG u. nicht das einfache Gesetzesrecht als zentrale Grundlage der Normsetzungsbefugnis der TV-Parteien an, vgl. zum Ganzen den Überblick bei Peters/Ossenbühl, Übertragung, S. 9 ff. mit Hinweisen auf einzelne Vertreter der jeweiligen Ansätze in Fn. 6 ff. Der Ansatz v. vorstaatlichen Charakter der Tarifautonomie bleibt im folgenden unberücksichtigt, weil er keine Verbreitung fand.

348 So etwa BAG v. 15.1.55, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG, Bl. 3 R.; BAG v. 23.3.57, AP Nr. 18 zu Art. 3 GG, Bl. 2 R.f.; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 45 u. S. 216; Peters/Ossenbühl wie Fn. 347, S. 13 ff.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 25 m.w.N.; vgl. ferner die Nachw. bei Säcker, Gruppenautonomie, S. 265 f. Fn. 72; a.A. Däubler, Streik, S. 144; Richardi, Kollektivgewalt, S. 149; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 24. Gegen die öffentlichrechtliche Variante der Delegationstheorie auch Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 1, Rdnr. 116. Zum Inhalt der beiden heute vertretenen Varianten der Delegationstheorie - öffentlichrechtliche u. privatrechtliche Variante - näher Hinz, Tarifhoheit, S. 72 ff.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 58 m.w.N. (darauf braucht hier ebensowenig näher eingegangen werden wie auf die früher zusätzlich vertretene sog. Rechtsverordnungstheorie, der heute wegen Art. 80 GG der Boden entzogen ist, dazu näher Hinz wie oben, S. 69 f. m.w.N.).

349 Vgl. z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 346; Nipperdey/Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I B, unter I. 2.a,.

350 Vgl. Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 104.

in anderem Zusammenhang gezeigt werden wird[351], beruht die Normsetzungsbefugnis der TV-Parteien im Grundsatz bereits auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG.[352] Dem unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber wäre es daher verwehrt, diesen Bereich vollständig an sich zu ziehen[353] u. bestimmte Teilbereiche daraus wiederum zu delegieren. Vielmehr verpflichtet Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG den Gesetzgeber zur Schaffung u. Bereitstellung eines Tarifsystems, damit die TV-Parteien den ihnen von Verfassungs wegen zugebilligten Spielraum auch ausfüllen können.[354] § 1 TVG kann daher bei dieser Rechtslage lediglich als Ausführungsnorm eines Verfassungsauftrags durch den einfachen Gesetzgeber angesehen werden.[355] Da der Staat somit grundsätzlich aufgrund fehlender Kompetenz die Aufgabe der Wahrung u. Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen gar nicht delegieren kann[356], ist es m.E. un-

---

351 Vgl. unten § 3, I., 2., c, bb, bbb,.

352 Zutr. wie hier außer Biedenkopf auch Lenz, FS für Abendroth, S. 213. Außer der oben (Fn. 347) erwähnten Bezeichnung - Lehre von der verfassungsunmittelbaren Autonomie - wird dieser Ansatz auch als "Integrationstheorie" bezeichnet, vgl. etwa Bulla, DB 80, S. 104; Säcker, Gruppenautonomie, S. 265.

353 Zutr. Biedenkopf wie Fn. 350. Dem staatlichen Gesetzgeber verbleibt daher nur eine subsidiäre Regelungszuständigkeit, was m.E. durch § 1 des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen seine Bestätigung findet.

354 So zutr. Lenz, FS für Abendroth, S. 213. Zu diesem Aspekt etwa noch die Hinweise unten § 3, I., 2., c, bb, bbb,.

355 Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man mit Säcker, Gruppenautonomie, S. 268 davon ausgeht, daß die durch das TVG eingeräumten Befugnisse weiter reichen als die sog. Kernbereichsgarantien von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG.

356 So Biedenkopf wie Fn. 350; ähnl. auch Galperin, FS für Molitor, S. 156 f., wonach das Gesetzgebungsrecht des Staates u. die Rechtssetzungsbefugnis der TV-Partner auf derselben Stufe stehen, da sie beide unmittelbar aus dem GG abgeleitet werden können. Wie Art. 140 GG zeigt, ist eine derartige originäre Rechtssetzungsbefugnis außerhalb der staatlichen Rechtssetzung kein Einzelfall, was u.a. deutlich gegen die auf Jacobi, Grundlehren, S. 79 Fn. 11 zurückgehende These vom staatlichen Rechtssetzungsmonopol spricht. Krit. zur Parallele zwischen Tarifautonomie u. Art. 140 GG Richardi, AöR 93, S. 259 ff.

zutr., das TVG als Grundlage eines staatlichen Beleihungsaktes anzusehen.[357]

Demgegenüber tritt ein weiterer damit zusammenhängender Aspekt weitgehend in den Hintergrund. Es ist anerkannt, daß dem Beliehenen nur einzelne enumerierte bzw. allenfalls spezielle Zuständigkeiten eingeräumt werden dürfen.[358] Zwar könnte insoweit argumentiert werden, den tariffähigen Verbänden sei durch das TVG das Recht zum Abschluß von Verträgen mit normativer Wirkung eingeräumt worden (§ 4 Abs. 1 TVG), diese Argumentation würde aber ignorieren, daß es eine ganze Reihe verschiedene durch TV regelbare Ziele gibt, die darüberhinaus v.a. wegen des sozialen u. technologischen Wandels niemals abschließend festgelegt werden könnten.[359] Außerdem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, daß Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG den Koalitionen eine umfassende Zuständigkeit zur Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen einräumt; diese Zuständigkeit kann durch die zusätzlichen Anforderungen an die Tariffähigkeit von Verbänden sowie an die Gestaltung der

---

357 Die Auffassung von Biedenkopf u. Galperin stellt nicht etwa eine weitere Variante der Delegationstheorie dar, da die Rechtssetzungsbefugnis der TV-Parteien gerade nicht auf den Staat zurückgeführt, sondern unabh. davon begründet wird, so zutr. Richardi, AöR 93, S. 255. Daher ist es nicht haltbar, wennn z.B. Bulla, DB 80, S. 104 behauptet, der Streit zwischen den Vertretern von Delegations- u. Integrationstheorie sei von untergeordneter Bedeutung. Ohne im Rahmen dieser Arbeit in eine nähere Untersuchung der Tragfähigkeit der Delegationstheorie eintreten zu können, sei darauf hingewiesen, daß die u.a. von Biedenkopf u. Galperin vertretene Integrationstheorie bzw. die Lehre von der verfassungsunmittelbaren Autonomie mit den unten (§ 3, I., 2., c, bb, bbb,) noch zu skizzierenden verfassungsrechtlichen Bezügen vollständig im Einklang steht. Die u.a. von Mayer-Maly, BB 66, S. 1069; Richardi, AöR 93, S. 255 f.; Säcker wie Fn. 355, S. 267 f. dagegen vorgebrachte Kritik überzeugt nicht.

358 Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, S. 455.

359 Daher geht m.E. auch der Hinweis von Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 218 auf § 1 Abs. 1 TVG fehl; zwar werden dort in der Tat insgesamt fünf Bereiche genannt, die einer Regelung durch TV zugänglich sind; aufgrund der weiten u. offenen Formulierung der einzelnen Komplexe verbietet es sich aber, von einer genauen Festlegung zu sprechen. Vgl. demgegenüber etwa §§ 20 ff. BNotO, wo die von Notaren auszuführenden Tätigkeiten geregelt werden; wenn auch hier nicht von einer Enumeration gesprochen werden kann, so sind doch die Zuständigkeiten der Notare hinreichend präzise bestimmt u. insoweit als abschließend anzusehen.

Arbeitsbedingungen durch TV nicht soweit verengt werden, daß von speziellen Zuständigkeiten oder gar enumerativ aufzählbaren Aufgaben gesprochen werden kann.

Auch das Kriterium der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben liegt m.E. im Falle der TV-Parteien nicht vor.[360] Vor. hierfür wäre, daß diese der staatlichen Organisation aufgrund eines öffentlichrechtlichen Amtsverhältnisses angegliedert sind.[361] An einer solchen Beziehung fehlt es aber, da die TV-Parteien organisatorisch vom Staat völlig unabh. sind.[362] Außerdem nehmen sie unabh. von jeglicher sachlichen staatlichen Einflußnahme die Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen vor.[363] Ferner spricht gegen die Annahme hoheitlichen, d.h. öffentlichrechtlichen Handelns, daß sich die Tarifpartner in einem privatrechtlichen Koordinationsverhältnis gegenüberstehen.[364]

---

360 Wie hier Galperin, FS für Molitor, S. 154 mit der zutr. Begründung, daß die TV-Parteien eigene Angelegenheiten wahrnähmen u. nicht als staatliche Beauftragte handelten.

361 Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, S. 453.

362 Dies folgt m.E. bereits daraus, daß Gewerkschaften u. AG-Verbände privatrechtliche Rechtsformen für ihre Organisationen gewählt haben (vgl. dazu bereits die Hinweise oben S. 185 u. Fn. 337).

363 Zur fehlenden staatlichen Beteiligung beim Zustandekommen von TV auch BayVerfGH v. 6.5.71, AP Nr. 19 zu § 1 TVG, unter V. 4. b, cc, d.G. Da es somit innerhalb eines Kernbereichs der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen keine staatlichen Zuständigkeiten u. damit Aufgaben gibt, fehlt es an einer wesentlichen Vor. der Beleihung, unabh. davon, ob man hinsichtlich des Kriteriums der an Private zu übertragenden staatlichen Aufgaben der Aufgaben- oder der Rechtsstellungs- bzw. Befugnistheorie folgen will; zum Inhalt dieser Theorien näher etwa von Heimburg, Verwaltungsaufgaben, S. 31 ff. Vgl. zu diesem Zusammenhang auch Richardi, AöR 93, S. 254, der m.E. zutr. darauf hinweist, daß die TV-Parteien ihre eigenen Interessen bzw. diejenigen ihrer Mitglieder wahrnähmen u. daher keine staatlichen Aufgaben erfüllten.

364 Vor. für das Vorliegen eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses, auch eines öffentlichrechtlichen Vertrages, wäre, daß ein Hoheitsträger an diesem Verhältnis beteiligt ist. Da Partner eines TV jedoch immer zwei privatrechtlich organisierte Parteien sind, fehlt es daran; vgl. z.B. Badura, RdA 74, S. 137; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 342; ähnl. auch Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 14 u. 15.

Sie schließen privatrechtliche Verträge[365], deren Inhalt jedenfalls im Verhältnis der Vertragspartner zueinander unstr. rein schuldrechtlichen Charakter hat.[366] Aber auch im Verhältnis zwischen den TV-Parteien u. gegenüber ihren Mitgliedern liegt kein hoheitliches Handeln vor.[367] Zwar kommt TV insoweit unbestritten normative Wirkung[368] zu[369], die Mitglieder können aber den Einfluß eines TV auf ihre Arbeitsverhältnisse durch Austritt aus der jeweiligen Organisation beseitigen[370] u. ihre Arbeitsbedingungen auch privatautonom

---

365 Vgl. Galperin, FS für Molitor, S. 145; Hueck/Nipperdey wie Fn. 364, S. 342 f.; Nipperdey/Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I B, unter I.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 369; zum Streitstand Wiedemann/Stumpf wie Fn. 364, § 1, Rdnr. 15. A.A. zu Unrecht Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 431 f., der nicht deutlich genug klarstellt, daß Partner eines öffentlichrechtlichen Vertrages nicht zwei Personen des Privatrechts sein können bzw. den notwendigen Nachw. der Beleihung beider TV-Parteien, was Vor. für ein anderes Ergebnis wäre, schuldig bleibt.

366 Vgl. Huber wie Fn. 365, S. 432; Hueck/Nipperdey wie Fn. 365, S. 343 u. S. 344; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 218 f. Zum schuldrechtlichen Teil von TV auch bereits die Hinweise oben 2. Teil (S. 98).

367 Vgl. BAG v. 23.3.57, AP Nr. 18 zu Art. 3 GG, Bl. 2 R. f.; Hueck/Nipperdey wie Fn. 364, S. 343 f.; ferner die Nachw. bei Wiedemann/Stumpf wie Fn. 364, § 1, Rdnr. 15; wohl auch BVerfG v. 27.2.73, AP Nr. 7 zu § 19 HAG, unter B. II. 4. a, d.G.; wohl auch Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 1, Rdnr. 116. A.A. Hinz, Tarifhoheit, S. 106 f.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 431 f.; Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 154 - die Parallelen zur Setzung von Rechtsakten durch Rechtsträger im Einvernehmen mit anderen ziehen -; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 218 f. (unter Hinweis auf die oben 2. Teil, S. 98 Fn. 172 bereits erwähnte Doppelnatur des TV).

368 Zum Inhalt der normativen Wirkung bereits die Hinweise oben 2. Teil (S. 97 Fn. 168).

369 Vgl. BayVerfGH v. 6.5.71, AP Nr. 19 zu § 1 TVG, unter IV. 2. c, d. G.; Wiedemann/Stumpf wie Fn. 364, § 1, Rdnr. 14 m.w.N.

370 Wie hier BayVerfGH wie Fn. 369, unter V. 4. b, bb, d.G. Dieser Beurteilung steht nicht § 3 Abs. 3 TVG entgegen. Zwar trifft es zu, daß die Wirkungen eines TV nicht automatisch durch Beendigung des Mitgliedschaftsverhältnisses zum Erlöschen gebracht werden können - zum Normzweck des § 3 Abs. 3 TVG näher Wiedemann/Stumpf wie Fn. 364, § 3, Rdnr. 29 -, da jedoch insbes. Lohn- u. Gehalts-TV relativ kurze Laufzeiten bzw. Kündigungsfristen haben, unterliegen die Arbeitsvertragsparteien trotz § 3 Abs. 3 TVG faktisch kaum Beschränkungen im Hinblick auf eine flexible privatautonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

regeln.[371] Demgegenüber tritt m.E. das Argument, ein TV regele privatrechtliche Beziehungen zwischen AG u. AN[372] zurück, da nicht bestreitbar ist, daß solche Beziehungen auch durch öffentlichrechtliche Rechtsnormen beeinflußt werden können.[373] Gegen die Ausübung hoheitlicher Befugnisse spricht weiter, daß sich im Falle der Verletzung von Pflichten die Haftung nach öffentlichem Recht bestimmen müßte.[374] Nach ganz h.M. richtet sich aber die Haftung im Verhältnis der TV-Parteien bzw. ihrer Mitglieder ausschließlich nach Privatrecht.[375]

---

371 Diese Alt. würde im Falle einer öffentlichrechtlichen Natur der TV-Normen gerade nicht gegeben sein. Zwar ist es denkbar, sich auch den Wirkungen öffentlichrechtlicher Rechtsnormen zu entziehen - etwa durch Verzicht auf die Staatsangehörigkeit (vgl. z.B. § 17 Zif. 3.RuStAG), Auswanderung oder im Falle kommunalrechtlicher Rechtsvorschriften durch Umzug von einer Gemeinde in eine andere -, es besteht in solchen Fällen aber kein Wahlrecht zwischen öffentlichrechtlicher u. privatrechtlicher Regelung, sondern nur zwischen öffentlichrechtlicher Regelung oder Nichtregelung.

372 So Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 343 f.

373 So zutr. Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 15. Gegen Nipperdey (Fn. 372) auch Hinz, Tarifhoheit, S. 107 mit dem Hinweis, ein TV werde nicht zur Regelung privatrechtlicher Beziehungen, sondern im Hinblick auf das Verhältnis zwischen einer TV-Partei u. Dritten abgeschlossen. Dies trifft zwar für den normativen Teil eines TV zu, damit steht aber entgegen Hinz noch keineswegs fest, daß diese Regelung Gesetzescharakter hat u. daher öffentlichrechtlicher Natur ist. Gegen die Zuordnung der TV-Normen zum hoheitlich gesetzten Recht ausf. BayVerfGH v. 6.5.71, AP Nr. 19 zu § 1 TVG, unter V. 4. b, d.G.

374 Vgl. Achterberg, Verwaltungsrecht, S. 577 f.; Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 289; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht II, S. 457. Würde man die TV-Parteien als Beliehene ansehen, so müßten sich etwa die durch Arbeitskämpfe Geschädigten an den Staat wenden, da dieser die Beleihung vorgenommen hätte. Die Begründetheit solcher Ansprüche wäre unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) zu untersuchen, so zutr. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 10 f. u. S. 65 (am Beispiel des TÜV). Diese in der Tat groteske Konsequenz wird aber soweit ersichtlich auch von den Befürwortern einer Beleihung d. TV-Parteien nirgends gezogen.

375 Am deutlichsten wird dies bei den Rechtsfolgen von rechtswidrigen Arbeitskämpfen, vgl. statt vieler Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 197 ff., S. 206 ff., S. 218 ff. u. S. 225; Schaub, Handbuch, S. 1146 f. Dies gilt auch für die Haftung der sozialen Gegenspieler gegenüber kampfunbeteiligten Dritten (dazu ausf. oben 2. Teil, S. 94 ff.).

Schließlich fehlt es auch noch am Merkmal der Staatsaufsicht. Unter Staatsaufsicht werden i.a. Rechts- u./oder Fachaufsicht verstanden.[376] Eine Fachaufsicht müßte sich u.a. auf die Nachprüfung der Angemessenheit von Tarifabschlüssen etwa im Hinblick auf gesamtwirtschaftliche Aspekte erstrecken.[377] Eine solche Handhabung wäre aber mit der Tarifautonomie nicht in Einklang zu bringen, da diese den konkreten Inhalt von TV allein in die Verantwortung der TV-Parteien stellt.[378] Aber auch eine Rechtmäßigkeitskontrolle kommt nicht in Betracht. Hierzu wäre Vor., daß die Rechtsgrundlage der Beleihung diesbezüglich Vorschriften enthält.[379] Derartige Regelungen sind aber weder im TVG selbst noch in der DVO hierzu enthalten.[380]

Nun wird aber in diesem Zusammenhang vereinzelt behauptet, das objektive Fehlen der Staatsaufsicht werde durch den Zwang zum Vertragsschluß zwischen den sozialen Gegenspielern ersetzt.[381] Auch dieser Hinweis kann m.E. nicht überzeugen. Zwar ist zuzugeben, daß die Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen in vielen Fällen tatsächlich durch TV erfolgt, keineswegs sind aber TV - u. Arbeitskampf - die einzigen Mittel zur Erreichung dieses sog. Koalitions-

---

376 Vgl. etwa Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S. 477; speziell im Hinblick auf die Beliehenen auch Achterberg, Verwaltungsrecht, S. 310.

377 Als Maßstab kämen hier z.B. die in § 1 StabG aufgeführten Erfordernisse in Betracht; zum StabG in anderem Zusammenhang näher unten § 3, I., 2., f, cc, aaa,.

378 Daher ist es auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes zutr., wenn davon ausgegangen wird, daß TV ohne staatliche Beteiligung zustande kommen, vgl. BayVerfGH v. 6.5.71, AP Nr. 19 zu § 1 TVG, unter V. 4. b, cc, d.G.

379 Vgl. etwa Art. 108 ff. BayGO zur staatlichen Aufsicht über Gemeinden.

380 Es kann daher nicht überraschen, daß im Tarifvertragsrecht das Vorliegen einer Staatsaufsicht im hier verstandenen Sinne abgelehnt wird, so deutlich Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 1, Rdnr. 116; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 58; wohl auch Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 26.

381 So Wiedemann/Stumpf wie Fn. 380, § 1, Rdnr. 26; die dort aufgeführten Nachw. geben allerdings zur Stützung dieser These nichts her.

zwecks.[382] Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß die These von den TV-Parteien als Beliehenen nicht als haltbar angesehen werden kann.[383]

Gegen den Ansatz vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand wird weiterhin eingewendet, im Gegensatz zu Enteignungen, Beschlagnahmungen u. Naturereignissen seien Arbeitskampfmaßnahmen regelmäßig vorhersehbar[384] u. zählten zu den selbstverständlichen Risiken des Wirtschaftslebens, so daß sie beim Abschluß von schuldrechtlichen Verträgen potentiell kampfbeteiligter mit potentiell kampfunbeteiligten Dritten Berücksichtigung finden müßten.[385] Das Argument der Vorhersehbarkeit ist m.E. nicht geeignet, den Arbeitskampf von den beispielhaft genannten Eingriffen von hoher Hand signifikant abzugrenzen.[386] Auch falls z.B. Enteignungen zahlenmäßig seltener als Arbeitskampfmaßnahmen stattfinden sollten, so sind doch Fälle denkbar, in denen auch jene Maßnahmen für die konkret hiervon Betroffenen vorhersehbar sind.[387] Allerdings könnte aus dem Häufigkeitsargument zumindest gefolgert werden, daß im Wirtschaftsverkehr eher mit Arbeitskampfmaßnah-

---

382 Dazu noch unten § 3, I., 2., c, bb, bbb,. Auch das bereits erwähnte Fehlen bzw. die Unzulässigkeit einer staatlichen Zwangsschlichtung spricht m.E. gegen die Annahme eines Zwangs im Hinblick auf den Abschluß von TV. Ein rein faktischer Zwang - etwa aufgrund von verbaler Druckausübung durch die jeweiligen Mitglieder - genügt nicht, um das objektive Fehlen der Staatsaufsicht zu kompensieren.

383 Im Ergebnis wie hier Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 23 ff.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 81.

384 So Löwisch, AcP 174, S. 244.

385 Vgl. Strempel, Leistungsstörungen, S. 81 f. m.w.N. in Fn. 7 (S. 81).

386 Neben Enteignungen werden im Zusammenhang mit dem Argument der Vorhersehbarkeit noch Beschlagnahmungen u. Naturereignisse genannt, vgl. Löwisch wie Fn. 384. Die zuletzt genannte Kategorie ist insoweit wenig hilfreich, da es sich hierbei um Fälle höherer Gewalt handelt, die nicht ohne weiteres mit Arbeitskämpfen in Zusammenhang gebracht werden können. Gegen eine solche Gleichsetzung spricht auch m.E. der in § 629 Abs. 1 Nr. 1 HGB verwendete Begriff "Verfügungen von hoher Hand", der nur staatliche Maßnahmen umfaßt, vgl. Schaps/Abraham, Seerecht, § 629, Rdnr. 1.

387 Beispiel: Kauf eines Grundstücks, obwohl im Flächennutzungsplan der Bau einer Straße vorgesehen ist, deren Trassenführung dieses Grundstück berührt.

men als mit Enteignungen zu rechnen ist; ohne zahlenmäßige Präzisierung ist aber m.E. mit dieser Erkenntnis wenig anzufangen.

Letztlich mag der eben angesprochene Aspekt hier unentschieden bleiben. Die Untersuchung hat eindeutig ergeben, daß der Ansatz vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand einer Überprüfung nicht standhalten kann. Er ist daher nicht geeignet, einen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht zu begründen.[388]

§ 2 Die Bedeutung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht und Betriebsverfassungsrecht für die Vorrangtheorie

Das nur bruchstückhaft durch einfache Gesetze geregelte Arbeitskampfrecht[389] befindet sich nicht nur mit den in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehenden schuldrechtlichen Wertungen (teilweise) in Widerspruch. Neben der bereits an anderer Stelle näher erörterten Kollision zwischen Arbeitskampfrecht u. individuellem Arbeitsvertragsrecht[390] bestehen insbes. Wertungswidersprüche gegenüber dem Betriebsverfassungsrecht.[391] Hierbei stellt sich konkret die Frage, ob u. ggf. wie sich Arbeitskampfmaßnahmen auf das BR-Amt selbst sowie auf die vom BetrVG 1972 dem BR zugewiesenen verschiedenen Beteiligungsrechte (§§ 80 ff. BetrVG) auswirken. Da sich für die Beantwortung dieser Fragen

---

388 Damit ist nicht gleichzeitig der von Mayer-Maly, Referat, S. 8 vorgeschlagene Lösungsweg - Freiwerden der Schuldner u. Gläubiger von den beiderseitigen Leistungspflichten gem. §§ 275, 323 BGB - obsolet geworden, da sich u.U. aus anderen rechtlichen Gesichtspunkten ein Fall einer vom Schuldner nicht zu vertretenden nachträglichen Unmöglichkeit ergeben könnte. Die Brauchbarkeit dieses Lösungsweges kann aber endgültig erst in anderem Zusammenhang untersucht werden(vgl. unten 4. Teil, 1. Kap., § 1).

389 Zu den einzelnen einfachgesetzlichen Vorschriften des Arbeitskampfrechts gleich noch näher unten § 3, I., 1., b, bb,.

390 Oben § 1 (S. 131 ff.).

391 Zur bestehenden Kollision von Arbeitskampfrecht u. Wettbewerbsrecht Kraft/Hönn, ZfR 141, S. 230 ff. sowie der diesbezügliche Hinweis oben Einl. (S. 1 Fn. 1).

aus dem BetrVG keine unmittelbaren Anhaltspunkte gewinnen lassen[392], überrascht es nicht, daß sich hierzu ein breites Meinungsspektrum findet.[393]

Es ist an dieser Stelle nicht der Ort, das Problem der Stellung des BR im Arbeitskampf in allen Details zu erörtern. Vielmehr soll versucht werden, Hinweise zu gewinnen, die einen Beitrag zur Lösung der in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehenden Kollisionslage zu leisten vermögen. Diese Möglichkeit muß deshalb zunächst als grundsätzlich gegeben angesehen werden, weil die Ausgangsfragestellungen nahezu identisch sind. Es ist das Verdienst von BIEBACK u. MAYER, mit der gebotenen Deutlichkeit herausgearbeitet zu haben, daß es bei der Untersuchung der Stellung des BR im Arbeitskampf um die Entscheidung über das bestehende (Rang-) Verhältnis geht, d.h. um die Frage, ob beide Teilrechtsgebiete - Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht - nebeneinander, kumulativ oder alternativ anzuwenden sind.[394] Eine unter diesen Alt. denkmögliche Konstellation ist auch der Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Betriebsverfassungsrecht. Die Frage nach einem bestehenden Rangverhältnis ist aber auch grundlegender Ansatzpunkt dieser Untersuchung, nur daß hier Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zueinander in Beziehung gesetzt werden müssen.[395] Es ist daher mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, daß sich Kriterien ableiten lassen, die auch für die Abstimmung der beiden zuletzt genannten Teilrechtsgebiete geeignet sind.

---

392 So zutr. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 263; Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 114. Zur Bedeutung von § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG, wo Arbeitskampfmaßnahmen explizit erwähnt werden, für diese Frage gleich noch näher unten unter I.

393 Vgl. im einzelnen unter I.

394 Vgl. Bieback/Mayer, AuR 82, S. 170; ähnl. auch Wolter, AuR 79, S. 333 u. S. 335. Jede wechselseitige Beziehung zwischen beiden Teilrechtsgebieten leugnet Heinze, DB 82 (Beilage 23), S. 2 (diese Sichtweise weist weitgehende Parallelen zum hier als strenge Trennungstheorie bezeichneten Ansatz im Rahmen der privatrechtlichen Haftung auf).

395 Zu diesem Ausgangspunkt u. den daraus resultierenden Folgerungen für die Vorgehensweise in dieser Untersuchung oben 1. Kap. (S. 126).

I. Überblick über den Meinungsstand zur Stellung des Betriebsrats im Arbeitskampf

Im Gegensatz zu einer früher noch vertretenen Auffassung[396] geht die heute ganz h.M. davon aus, daß Arbeitskämpfe das BR-Amt unberührt lassen u. die Funktionsfähigkeit des BR erhalten bleibt.[397,398] Diese Konsequenz wird ganz überwiegend daraus abgeleitet, daß gegenüber BR-Mitgliedern nur suspendierende Aussperrungen[399] zulässig sein sollen[400], so daß deren Amt durch Arbeitskampfmaßnahmen nicht zum Erlöschen gebracht werden kann.[401]

---

396 Vgl. dazu z.B. Nikisch, Arbeitsrecht III, S. 121 f.; weitere Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 370 Fn. 58.

397 Vgl. etwa BAG v. 14.2.78, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" unter 3. d.G.; BAG v. 6.3.79, AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972, Bl. 1 R.; Brill, DB 79, S. 403; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 264; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, § 74, Rdnr. 6; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 74, Rdnr. 13; GK/Thiele, BetrVG, § 74, Rdnr. 39; Kammann/Hess/Schlochauer, BetrVG, § 74, Rdnr. 27; Kraft, FS für G. Müller, S. 264; Kreutz, BlStSozArbR 72, S. 49; Richardi, Anm. zu BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 2.; ders., FS Deutsche Richterakademie, S. 115; Weiss, AuR 82, S. 266; Wiese, NZA 85, S. 378; wohl auch Reuter, AuR 73, S. 2.

398 Davon zu unterscheiden ist die hier nicht näher zu behandelnde Frage, ob u. ggf. in welcher Weise BR-Mitglieder an Arbeitskämpfen teilnehmen dürfen, dazu näher etwa Brill wie Fn. 397; Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 113 f.; Weiss wie Fn. 397, S. 271; Wiese wie Fn. 397, S. 378 ff.

399 Allgemein zur Zulässigkeit dieser Arbeitskampfmaßnahme näher unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (1.).

400 Vgl. BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 1. d.G. (Verfassungsmäßigkeit der nur suspendierenden Aussperrung von BR-Mitgliedern); BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III C.5. d.G. (unter Hinweis auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); krit. zu dieser Ableitung Meisel, Anm. zu BAG v. 6.3.79, AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972, unter 1.); BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 1. d.G.; Kraft, FS für G. Müller, S. 264. Diesen Gesichtspunkt übersieht Konzen, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 14.2.78, AP Nr. 59 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter IV. 1., wenn er von einer Ausrichtung des Mitbestimmungsrechts auf den vom BetrVG vorgegebenen Zweck spricht.

401 Zum Schutz von BR-Mitgliedern vor individualrechtlichen Kündigungen durch entsprechende Anwendung von § 103 Abs. 2 BetrVG BAG v. 14.2.78, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. sowie unter 3. d.G.

Mit dieser Feststellung allein ist aber noch keine Entscheidung über das Schicksal der verschiedenen Beteiligungsrechte des BR im Arbeitskampf gefallen.[402] Diesbezüglich stehen sich derzeit soweit ersichtlich drei deutlich voneinander zu trennende Meinungsgruppen gegenüber.

Eine nur noch vereinzelt vertretene Meinung behauptet, während eines Arbeitskampfes würden sämtliche Beteiligungsrechte des BR ruhen.[403] Zur Begründung wird einerseits darauf abgestellt, daß während solcher Phasen in einem Betrieb die vom BetrVG 1972 geforderte u. vorausgesetzte kooperative Zusammenarbeit der Betriebspartner nicht bestehe, so daß auch den aufgrund dieser Prämisse gewährten Beteiligungsrechten die Basis fehle.[404]

Ein weiteres Argument wird aus § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG entnommen. Diese Vorschrift wird dahingehend interpretiert, daß dem BR alle Maßnahmen mit Arbeitskampfwirkung untersagt sein sollen; daraus folge aber, daß die Beteiligungsrechte dann ruhen müßten, wenn hierdurch objektiv Druck auf den AG als den betrieblichen Partner des BR ausgeübt werde u. dieser Druck eine Gefährdung von Betriebsfrieden u. Betriebsablauf zur Folge habe.[405]

Eine andere, insgesamt ebenfalls nur vereinzelt vertretene Auffassung kommt zum Ergebnis, daß die Beteiligungsrechte des BR auch im Arbeitskampf uneingeschränkt erhalten bleiben.[406] Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist dabei das Bestehen der Funktionsfähigkeit des BR

402 So zutr. Galperin/Löwisch, BetrVG, § 74, Rdnr. 13; Kraft, FS für G. Müller, S. 264 f.; Mayer-Maly, BB 79, S. 1312.

403 Vgl. Kraft, ZfA 73, S. 259 ff.; Meisel, Mitwirkung und Mitbestimmung, S. 26; bei Vorliegen bestimmter Vor. (Maßnahmen mit objektiver Arbeitskampfwirkung) auch Heinze, DB 82 (Beilage 23), S. 7 ff.

404 So Kraft wie Fn. 403, S. 260 f.; Meisel wie Fn. 403, S. 26 f.

405 So Heinze wie Fn. 403.

406 Vgl. z.B. Bieback, RdA 78, S. 94 f.; Bieback/Mayer, AuR 82, S. 172 ff. (Ausnahme: reine Arbeitskampfmaßnahmen wie Aussperrung, Massenkündigung u. Massenänderungskündigung); Kreutz, BlStSozArbR 72, S. 49; Mayer, AuR 80, S. 72 f.; Weiss, AuR 82, S. 266 ff., insbes. S. 268 f.; Wolter, AuR 79, S. 335 ff.

auch während solcher Phasen.[407] Der dem BetrVG innewohnende AN-Schutzgedanke erfordere die uneingeschränkte Beteiligung des BR auch im Arbeitskampf;[408] andernfalls würden dem AG zusätzliche Arbeitskampfmittel in die Hand gegeben, was mit der Erhaltung der Kampfparität nicht in Einklang zu bringen wäre.[409]

Außerdem wird darauf verwiesen, das BetrVG enthalte eine eingehende u. abschließende Regelung derjenigen Fälle, in denen einzelne Beteiligungsrechte des BR gegenüber den AG-Interessen zurücktreten müssen.[410] Daraus folge, daß ansonsten ein Alleinentscheidungsrecht des AG nicht anerkannt werden könne; dies müsse auch bei Arbeitskämpfen gelten, zumal diese Situationen wegen § 74 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 u. 2 BetrVG innerhalb des BetrVG Berücksichtigung gefunden hätten u. daher nicht als Ausnahmefälle angesehen werden könnten.[411]

Ferner wird das rechtsquellentheoretische Argument, Richterrecht könne nachkonstitutionelles einfaches Gesetzesrecht nicht brechen, eingebracht.[412]

Die gegenwärtig überwiegende Meinung[413] vertritt im Hinblick auf das Bestehen von Beteiligungsrechten eine diff. Auffassung.[414] Diese

---

407 Vgl. dazu die diesbezüglichen Hinweise bei Kraft, FS für G. Müller, S. 265; Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 115.

408 Vgl. Weiss wie Fn. 406, S. 265.

409 Vgl. Weiss wie Fn. 406, S. 267.

410 Gemeint sind die in §§ 100, 115 Abs. 7 Nr. 4 u. 118 Abs. 1 BetrVG geregelten Angelegenheiten.

411 Vgl. Bieback/Mayer, AuR 82, S. 173 f.; Mayer, AuR 80, S. 72. Ergänzend wird noch darauf hingewiesen, die wirtschaftsfriedliche Konzeption des BetrVG erfordere die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen AG u. BR unter Inanspruchnahme des institutionellen Schlichtungsrahmens des BetrVG (u.a. §§ 23, 119 - 121 BetrVG); damit sei es aber unvereinbar, Beteiligungsrechte ruhen zu lassen.

412 Vgl. Bieback/Mayer, AuR 82, S. 170 f.; Wolter, AuR 79, S. 336 f.

413 Streckel, ZfA 83, S. 229 sieht diese als die h.M. an.

414 Vgl. hierzu etwa BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 8. sowie unter A. III. 1. d.G.; BAG v. 14.2.78,

Meinungsgruppe ist aber in sich keineswegs geschlossen. Es werden vielmehr sehr verschiedenartige Argumente zur Begründung für Einschränkungen von Beteiligungsrechten herangezogen[415] sowie bei einzelnen konkreten Beteiligungsrechten unterschiedliche Ergebnisse gewonnen.[416] Die diversen in diesem Zusammenhang entwickelten Argumentationen lassen sich m.E. zu insgesamt drei deutlich voneinander zu unterscheidenden Gruppen zusammenfassen.

Zum einen wird auch hier die in § 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG festgelegte absolute Friedenspflicht zwischen AG u. BR eingebracht.[417] Aus diesem Gebot entnimmt insbes. KRAFT[418], daß dem BR die Ausübung seiner Beteiligungsrechte dann verwehrt sein müsse, wenn dadurch Ein-

---

AP Nr. 57 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 2 R.; BAG v. 14.2.78, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 7. d.G.; BAG v. 24.4.79, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter B. II. 2. d.G.; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 268 ff.; Dietz/Richardi, BetrVG, § 74, Rdnr. 30 ff.; Eich, DB 79 (Beilage 9), S. 3 u. S. 12; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, § 74, Rdnr. 6; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 74, Rdnr. 13 ff.; GK/Thiele, BetrVG, § 74, Rdnr. 41; Kammann/Hess/Schlochauer, BetrVG, § 74, Rdnr. 28; Konzen, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 14.2.78, AP Nr. 59 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter IV.; Kraft, FS für G. Müller, S. 270 ff., insbes. S. 275 ff.; Mayer-Maly, BB 79, S. 1312; Reuter, AuR 73, S. 5 ff., insbes. S. 8 f.; Richardi, Anm. zu BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 2.; Rüthers/Klosterkemper, Anm. zu BAG v. 24.4.79, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. 2. ff.; Seiter, Streikrecht, S. 371; Wiese, NZA 85, S. 380 f.

415 Vgl. den zutr. diesbezüglichen Hinweis sowie den Überblick über die verschiedenen verwendeten Differenzierungskriterien bei Kraft wie Fn. 414, S. 267 f. m.w.N. in Fn. 11 ff.

416 Vgl. nur die unterschiedliche Behandlung arbeitskampfbedingter ao. Kündigungen von BR-Mitgliedern im Hinblick auf die entsprechende Anwendung von § 103 Abs. 2 BetrVG bei Brill, DB 79, S. 404 sowie Eich wie Fn. 414, S. 3 f. einerseits u. Kraft wie Fn. 414, S. 276 andererseits.

417 Zu Inhalt u. Umfang dieser Pflicht allgemein etwa Dietz/Richardi, BetrVG, § 74, Rdnr. 14 ff.; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, § 74, Rdnr. 4 f.; GK/Thiele, BetrVG, § 74, Rdnr. 20 ff.

418 Vgl. Kraft, FS für G. Müller, S. 270 ff.; gegen diesen Ansatz Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 114.

fluß auf einen Arbeitskampf zwischen den sozialen Gegenspielern ausgeübt werden würde. Dieser Satz beanspruche sowohl für rechtmäßige als auch für rechtswidrige - einschließlich der wilden - Streiks Geltung. In der Situation des Arbeitskampfes sei die vom BetrVG vorausgesetzte betriebliche Partnerschaft nicht vorhanden; es herrsche Konfrontation, nicht Kooperation, so daß der BR Arbeitskampfmaßnahmen nicht unterstützen dürfe. Ein völliger Wegfall der Beteiligung sei allerdings abzulehnen, da während eines Arbeitskampfes vom AG auch Maßnahmen getroffen würden, die in keinem Zusammenhang mit dieser Erscheinung stünden. Die aus dem BetrVG selbst abzuleitende Reduktion der Beteiligungsrechte gelte sowohl bei unmittelbarer als auch bei mittelbarer Kampfbetroffenheit.[419]

Ein anderes Argument ist die Überforderung des BR bei der uneingeschränkten Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte während eines Arbeitskampfes. Das BAG hat hierzu mehrfach ausgeführt, der BR sei wegen der durch Arbeitskampfmaßnahmen hervorgerufenen Konfrontation zwischen AG u. Belegschaft überfordert, zu Maßnahmen des AG, die sich als Arbeitskampfaktionen darstellen, Stellung zu nehmen, da er dann für eine Seite der sozialen Gegenspieler Partei ergreifen müsse. Dies gelte unabh. davon, ob sich Mitglieder des BR selbst aktiv an einem Streik beteiligten.[420] Das BAG verwendet diese Argumentation soweit ersichtlich v.a. bei rechtswidrigen Streiks.[421]

Schließlich findet man als dritten Anknüpfungspunkt für die Einschränkung der Beteiligungsrechte die Beeinflussung der Kampfparität.[422]

---

419 Zu dieser Diff. bereits oben 2. Teil (S. 62 f.).

420 Vgl. BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. III. 1. d.G.; BAG v. 14.2.78, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 7. d.G.; BAG v. 24.4.79, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 2. d.G.; zust. Seiter, Streikrecht, S. 371; ders., RdA 79, S. 397. Abl. Eich, DB 79 (Beilage 9), S. 2; Mayer-Maly, BB 79, S. 1312 (der nur Kampfparität u. betriebsverfassungsrechtliche Friedenspflicht als Argumente zur Einschränkung von Beteiligungsrechten anerkennen will); Weiss, AuR 82, S. 267 f.

421 Vgl. die diesbezüglichen Hinweise bei Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 265 f.; Kraft, FS für G. Müller, S. 269.

422 Zu Begriff, Inhalt u. systematischer Einordnung der Kampfparität ausf. unten § 3, III., 4., b,.

Dieser Grundsatz erfordere als Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie das Bestehen annähernd gleicher Verhandlungschancen im Arbeitskampf. Die Beteiligungsrechte müßten daher gegenüber der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie[423] zurücktreten, da das BetrVG nicht bezwecke, die Kampffähigkeit der AG-Seite zu beeinträchtigen. Soweit ein Beteiligungsrecht geeignet sei, diesen Erfolg herbeizuführen, gebiete eine arbeitskampfkonforme Auslegung ein Zurücktreten dieses Rechts während eines Arbeitskampfes.[424,425] Das Kampfparitätsargument soll insbes. bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen zu einer Einschränkung der Beteiligungsrechte des BR führen.[426]

Die übrigen als angeblich selbständig bestehend aufgeführten Argumente brauchen hier nicht mehr näher skizziert zu werden.[427] Bereits eine nur kursorische Betrachtung zeigt m.E., daß sie ohne weiteres unter die oben referierten Argumentationsschwerpunkte subsumiert werden können.[428]

---

423 Zu diesem Aspekt näher unten § 3, I., 2., c, bb, bbb,.

424 So BAG v. 24.4.79, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 2. d.G.; ähnl. BAG v. 14.2.78, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 3. d.G.; zust. Brox wie Fn. 421, S. 268 f.; Mayer-Maly, BB 79, S. 1312; Rüthers/Klosterkemper, Anm. zu BAG v. 24.4.79, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. 4.; im Ergebnis auch Seiter, RdA 79, S. 398. Abl. Kraft wie Fn. 421, S. 272 (soweit die Herleitung des Grundsatzes der Kampfparität betroffen ist); Mayer, AuR 80, S. 72; Weiss, AuR 82, S. 266 f.; für die Fälle mittelbarer Kampfbetroffenheit auch Borrmann, DB 78, S. 1981 u. S. 1983.

425 Zu den Konsequenzen im Hinblick auf einzelne konkrete Beteiligungsrechte der Überblick über die Rechtsprechung bei Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 116 ff.

426 Vgl. die diesbezüglichen Hinweise bei Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 269 f.; Kraft, FS für G. Müller, S. 269. In der Rechtsprechung wird dies aber nicht immer in der erforderlichen Deutlichkeit herausgestellt, vgl. nur BAG v. 6.3.79, AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972, Bl. 1 R.f.

427 Vgl. dazu den Überblick bei Brox wie Fn. 426, S. 267..

428 So steht das Arbeitskampfrisiko ebenso wie die staatliche Neutralitätspflicht systematisch im engen Kontext mit der Kampfparität, vgl. zu diesem Zusammenhang unten § 3, III., 4., b, dd, u. c, aa, bbb,. Die Gegnerunabhängigkeit der AG-Koalition wird man dem "Überforderungsargument" zuordnen müssen; vgl. zu diesem Zusammenhang deutlich Seiter, Streikrecht, S. 371; ders., RdA 79, S. 397; auch Kraft, FS für G. Müller, S. 269 f.

II. Konsequenzen für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

Unmittelbar verwertbare Folgerungen für die hier zu klärende Rangfrage können aus dem Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht m.E. nicht abgeleitet werden. Dies ergibt sich schon daraus, daß diese beiden Teilrechtsgebiete als Elemente des kollektiven Arbeitsrechts[429] von vornherein in einer engeren systematischen Beziehung stehen, als dies gegenüber dem allgemeinen Schuldrecht der Fall ist. Außerdem regeln BetrVG einerseits u. BGB sowie schuldrechtliche Nebengesetze andererseits sehr unterschiedliche Materien, so daß Parallelen nur mit der gebotenen Zurückhaltung gezoge. .. dürfen.

Gleichwohl könnten sich für die weitere Vorgehensweise in dieser Untersuchung Anhaltspunkte gewinnen lassen, wenn man überhaupt von einem zumindest teilweisen Vorrang von arbeitskampfrechtlichen gegenüber betriebsverfassungsrechtlichen Wertungen ausgehen könnte u. die hierfür maßgeblichen Erwägungen nicht rein betriebsverfassungsrechtlicher Natur sind. Um diesen Weg gehen zu können, müßte zunächst der oben als überwiegend bezeichneten Auffassung zu folgen sein.[430]

Dieser Sichtweise ist m.E. im Ergebnis zuzustimmen. Für eine besondere Behandlung der Beteiligung des BR im Arbeitskampf spricht zunächst, daß der Gesetzgeber vor Inkrafttreten des BetrVG 1972 die mögliche Kollision zwischen unterschiedlichen Wertungen beider Teilrechtsgebiete entweder gar nicht gesehen, oder aber keiner ausdrücklichen Regelung unterzogen hat.[431] Es ist daher bedenklich, wenn man aus denje-

---

429 Vgl. z.B. Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 1; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 4 f.; Reichel, AR-Blattei, D, Kollektives Arbeitsrecht I, unter A. I.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 31. Zu den engen Zusammenhängen zwischen den einzelnen Elementen des kollektiven Arbeitsrechts Hueck/Nipperdey wie oben, S. 15 f.

430 Oben unter I. (S. 200 ff.).

431 Für die zuletzt genannte Vermutung spricht, daß auch die Regelung anderer Fragen, die aus der Kollision des Betriebsverfassungsrechts mit Wertungen anderer Teilrechtsordnungen resultieren, unterblieben ist; vgl. nur das Problem des Ranges von Sozialplanansprüchen im Konkurs, dazu etwa die Hinweise oben Einl. (S. 1 Fn. 2).

nigen Vorschriften, die ein vorläufiges Alleinentscheidungsrecht des AG regeln, folgert, daß diese Normen abschließend seien. Die fehlende Plausibilität dieses Schlusses wird bereits dann offenbar, wenn man daran erinnert, daß die wohl überwiegende Meinung auch in sog. Notfällen[432] ein Alleinentscheidungsrecht des AG anerkennt[433], obwohl das BetrVG diesbezüglich schweigt. Außerdem zeigt ein Blick auf die in diesem Zusammenhang relevanten §§ 100, 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG, daß es sich um an ganz spezielle Vor. anknüpfende Vorschriften handelt, deren Grundgedanke außerhalb ihres Regelungsbereiches nicht ohne weiteres angewendet werden kann.[434]

Weiter ist es m.E. wenig überzeugend, aufgrund der grundsätzlich auch während eines Arbeitskampfes bestehenden Funktionsfähigkeit des BR jeden Einfluß dieses Geschehens auf die Beteiligungsrechte zu leugnen. Die Funktionsfähigkeit ist zwar Vor., damit die Wahrnehmung dieser Rechte überhaupt realisiert werden kann, keinesfalls ist es aber zwingend, von der Funktionsfähigkeit auch auf die uneingeschränkte Beteiligung zu schließen.

Letztlich liefern die Befürworter einer uneingeschränkten Stellung des BR während eines Arbeitskampfes selbst ein m.E. wichtiges Argument gegen ihre Auffassung, indem sie dieses Problem mit einer möglichen Beeinflussung der Kampfparität in Zusammenhang bringen. Es kann aller-

---

432 Darunter sollen z.B. Brände, Explosionsgefahren, Überschwemmungen u. Anlieferung verderblicher Waren unmittelbar vor Geschäftsschluß fallen, vgl. etwa GK/Wiese, BetrVG, § 87, Rdnr. 90.

433 Vgl. z.B. Dietz/Richardi, BetrVG, § 87, Rdnr. 43 f.; Galperin/Löwisch, BetrVG, § 87, Rdnr. 25; GK/Wiese, BetrVG, § 87, Rdnr. 90 f.; Kammann/Hess/Schlochauer, BetrVG, § 87, Rdnr. 17; Säcker, ZfA 72 (Sonderheft), S. 60; mit Einschränkungen auch Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, § 87, Rdnr. 22. A.A. ArbG Siegburg v. 3.3.75, DB 75, S. 555. Offen gelassen von BAG v. 13.7.77, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 "Kurzarbeit", Lts. 3. sowie unter 9. d.G.

434 Insbes. können diese Normen dann nicht eingreifen, wenn arbeitskampfbedingte Maßnahmen in sozialen Angelegenheiten (§§ 87 ff. BetrVG) durchgeführt werden (müssen), was z.B. bei der Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit oder der Einführung von Kurzarbeit der Fall ist; vgl. zu solchen Konstellationen BAG v. 24.4.79, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" (Kurzarbeit bei mittelbarer Kampfbetroffenheit).

dings nicht überzeugen, wenn man wie WEISS[435] eine mögliche Kausalbeziehung zwischen BR-Beteiligung u. Kampfparität mit der Überlegung zu entkräften versucht, diese würde noch zugunsten der AG verschoben, da ihnen zusätzliche Kampfmittel in die Hand gegeben würden. Diese Auffassung verkennt, daß es sich bei den in Frage stehenden Maßnahmen der AG nicht etwa um Kampfmittel[436], sondern lediglich um betriebsorganisatorisch notwendige Anpassungen an einen Arbeitskampf handelt. Es muß dabei insbes. auch beachtet werden, daß ein derart handelnder AG nicht als der dem BR gegenüberstehende Betriebspartner, sondern entweder als alleiniger Kampfgegner einer Gewerkschaft[437] oder aber zumindest als Mitglied einer kämpfenden Partei[438] auftritt. Daher kann eine rechtliche Bewertung solchen Vorgehens - auch bei Arbeitskämpfen um Firmen-TV - nicht nach betriebsverfassungsrechtlichen Grundsätzen vorgenommen werden. Wenn zudem § 74 Abs. 3 BetrVG klarstellt, daß BR-Mitglieder in ihrer Eigenschaft als AN im Hinblick auf ihre Teilnahme an Arbeitskämpfen keinen betriebsverfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliegen[439], so kann für die AG in ihrer Eigenschaft als sozialer Gegenspieler bzw. als potentielle Partei von TV nichts anderes gelten. Soweit es sich also um Maßnahmen handelt, die AG in der eben skizzierten Rolle vornehmen, muß m.E. der grundsätzlich anzuerkennende, zugunsten der AN bestehende Schutzgedanke des BetrVG zurücktreten. Damit kann aber die These von der uneingeschränkten Beteiligung des BR im Arbeitskampf nicht aufrechterhalten werden.

Auf der anderen Seite vermag aber auch die entgegengesetzte Auffassung[440] nicht zu überzeugen. Hier wiederum steht der nun bereits

---

435 Vgl. Weiss, AuR 82, S. 266 f., insbes. S. 267.

436 Zu den unter diesen Begriff zu subsumierenden Maßnahmen näher unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc,.

437 Diese Alt. gilt bei Arbeitskämpfen mit dem Ziel des Abschlusses von Firmen-TV.

438 Diese Situation besteht bei Verbandsarbeitskämpfen.

439 Zu möglichen Schwierigkeiten bei der Trennung von AN- u. BR-Eigenschaft in bezug auf die Teilnahme an Arbeitskämpfen Kreutz, BlStSozArbR 72, S. 49.

440 Oben unter I. (S. 199 u. Fn. 403).

mehrfach erwähnte Schutzgedanke des BetrVG entgegen. Da nicht alle während eines Arbeitskampfes vom AG getroffenen Maßnahmen einen unmittelbaren Bezug hierzu haben[441], wäre diese Schutzfunktion nahezu völlig außer Kraft gesetzt. Die AG könnten bei Gelegenheit von Arbeitskämpfen einseitig Handlungen vornehmen, die sonst u.U. gegen den BR überhaupt nicht durchsetzbar wären.[442] Welche Konsequenzen sich auf diesem Weg zuungunsten der AN ergeben können, zeigt der einer veröffentlichten BAG-Entscheidung zugrunde liegende Sv. sehr deutlich.[443] Unabh. von diesen grundlegenden Bedenken vermag dieser Ansatz hier ohnehin nicht weiter zu führen, da die herangezogenen Begründungen für den Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen rein betriebsverfassungsrechtlicher Natur u. daher nicht verwertbar sind.[444]

Wenn daher im Ergebnis der wohl als herrschend anzusehenden differenzierenden Auffassung zu folgen ist, so bleibt noch zu untersuchen, worauf der teilweise Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen dogmatisch u. systematisch gestützt werden kann.

Von den zu diesem Zweck herangezogenen Argumenten ist zunächst der Hinweis auf die in § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG geregelte absolute Friedenspflicht zu verwerfen. Wie bereits in anderem Zusammenhang klargestellt wurde, gilt diese Norm nicht für Arbeitskampfmaßnahmen

---

441 Beispiel: Kündigung eines streikenden AN wegen angeblich permanenter Schlechtleistung vor Ablauf der Probezeit, dazu BAG v. 6.3.79, AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972, Bl. 1.

442 Dieses Ergebnis wäre m.E. jedenfalls dann nicht tragbar, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, bei denen dem BR vom BetrVG 1972 ein echtes, paritätisches, erzwingbares Mitbestimmungsrecht gewährt wird, was z.B. beim Katalog des § 87 Abs. 1 sowie bei §§ 95 Abs. 1, 112 Abs. 4 BetrVG vorliegt. Zum Inhalt dieser intensivsten Form der Beteiligung des BR näher etwa Dietz/Richardi, BetrVG, § 87, Rdnr. 37 ff.; Fitting/Auffarth/Kaiser, BetrVG, § 87, Rdnr. 1 (AG kann ohne BR nicht wirksam handeln).

443 Vgl. BAG wie Fn. 441; es wäre somit etwa möglich, einem AN ohne Beteiligung des BR zu kündigen, obwohl die Kündigungsgründe nicht arbeitskampfrechtlicher Natur sind. Damit könnte der allen Beteiligungsrechten immanente Schutzgedanke problemlos umgangen werden.

444 Es bedarf hier keiner näheren Erörterung, daß spezifisch betriebsverfassungsrechtliche Faktoren nicht auf das in dieser Arbeit im Blickpunkt stehende Rangverhältnis übertragbar sind.

zwischen den sozialen Gegenspielern.[445] Sie kann daher nicht auf diese Ebene transformiert werden, da dieser Form der Friedenspflicht bei derartigen Arbeitskämpfen keine Relevanz zukommen kann.[446] Außerdem handelt es sich bei dieser Begründung nur äußerlich um eine eigenständige Argumentation. Wenn nämlich aus § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG abgeleitet wird, der BR dürfe einen Arbeitskampf zwischen den sozialen Gegenspielern nicht beeinflussen[447], so ist damit nichts anderes gemeint, als daß die Kampfparität nicht einseitig verschoben werden darf.[448] Es ist m.E. wenig sinnvoll, vor diesen Zusammenhang § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG quasi vorzuschieben, da die Kampfparität ihre Rechtsgrundlage jedenfalls nicht in dieser Vorschrift hat.[449] Ferner ist es nicht einleuchtend, zwischen verschiedenen Vorschriften auf der Ebene des einfachen Gesetzes einen Vorrang einer bestimmten Norm vor anderen konstruieren zu wollen.[450]

Dieser zuletzt genannte Gesichtspunkt richtet sich auch gegen das Argument von der Überforderung des BR. Wie sich diese Überforderung rechtssystematisch auswirken soll, wird an keiner Stelle näher erläutert. Dies wäre aber erforderlich, da es sich um ein primär sozialpsychologisches Argument handelt, das einer juristischen Transformation oder zumindest Ergänzung bedürfte, um eine derart weitgehene Folgerung wie den teilweisen Vorrang eines Teilrechtsgebiets vor einem anderen

---

445 Oben S. 206.

446 Die absolute Friedenspflicht zwischen den Betriebspartnern ist nicht mit derjenigen absoluten Friedenspflicht identisch, die im Verhältnis der sozialen Gegenspieler zueinader vereinbart werden kann; zur tariflichen Friedenspflicht noch die Hinweise unten § 3, I., 2., f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

447 So Kraft, FS für G. Müller, S. 270 f.

448 Zutr. wie hier im Ergebnis Wiese, NZA 85, S. 380 (§ 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG bezweckt mittelbar die Erhaltung der Kampfparität zwischen den sozialen Gegenspielern).

449 Zu diesem Problemkreis noch ausf. unten § 3, III., 4., b, dd,. Gegen Kraft wie hier Wiese wie Fn. 448 (keine arbeitskampfrechtliche Funktion von § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG).

450 Dies übersieht m.E. Kraft wie Fn. 447, S. 272, wenn er § 74 Abs. 2 S. 1 BetrVG als zentrale Vorschrift dafür ansieht, daß kein Einfluß auf Arbeitskämpfe zwischen den sozialen Gegenspielern ausgeübt werden darf.

überzeugend begründen zu können.[451]

Somit bleibt als zentraler Anknüpfungspunkt die mögliche Beeinflussung der Kampfparität übrig. Dieses Kriterium vermag jedenfalls dann einen Vorrang des Arbeitskampfrechts überzeugend zu begründen, wenn es eine Verankerung in einer in der Normenhierarchie über dem einfachen Gesetzesrecht stehenden Rechtsquelle erfahren haben sollte.[452] In diesem Zusammenhang sind auch die Beziehungen zwischen Kampfparität u. Tarifautonomie sowie deren konkrete Rechtsgrundlagen zu würdigen. Diese Untersuchung ist Vor. für die Einordnung dieser Variablen in die Normenhierarchie u. damit auch die fundamentale Basis für die Klärung von Rangfragen. Unerheblich ist es demgegenüber, bereits an dieser Stelle den Geltungsbereich der Kampfparität näher zu bestimmen.[453] Darauf kann es frühestens dann ankommen, falls festgestellt wird, daß sich die hier zu untersuchenden Teilrechtsgebiete gleichrangig gegenüberstehen.[454]

Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß eine brauchbare u. überzeugende Begründung der Vorrangtheorie dann gewonnen werden kann, wenn das Arbeitskampfrecht auf einer höheren Stufe der Normenhierarchie verankert ist als das Schuldrecht. Diese Untersuchung erfordert zunächst eine Analyse der verschiedenen normativen Grundlagen des Arbeitskampfrechts, da im Gegensatz zum Schuldrecht nicht nur einige wenige überschaubare Rechtsquellen bzw. Rechtsgrundlagen existieren. Bei der Heranziehung der Grundlagen des Arbeitskampfrechts wird es auf die

---

451 Es gilt hier i.w. das, was bereits zur rechtsdogmatischen Fundierung der Einheitstheorie ausgeführt wurde (oben § 1, S. 144 f.): rein sozialwissenschaftliche Argumente vermögen allein keine Entscheidungen über Rangfragen zwischen Teilrechtsordnungen zu tragen.

452 Ob dabei allein Normen des GG in Betracht kommen können - so Wolter, AuR 79, S. 336 - wird noch näher zu untersuchen sein.

453 Insbes. kann hier unentschieden bleiben, ob die teilweise vertretene Ansicht, daß die Grundsätze der Kampfparität bei rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen unanwendbar seien - so z.B. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 269 ff. - wirklich zutr. ist.

454 Diese Frage kann wiederum erst dann abschließend beantwortet werden, wenn die Stellung der beiden hier im Mittelpunkt stehenden Teilrechtsgebiete innerhalb der Gesamtrechtsordnung analysiert worden ist, dazu ausf. unten § 3, I. u. II.

Einbeziehung von Kampfparität u. Tarifautonomie ankommen, da bereits aufgrund der allgemeinen Ausführungen zum Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht von einer engen systematischen Beziehung zwischen diesen drei Variablen ausgegangen werden kann.

§ 3: Arbeitskampfrecht und Schuldrecht in der Rangordnung der Rechtsquellen

I. Stellung des Arbeitskampfrechts in der Hierarchie der Rechtsquellen

Da in unserer Rechtsordnung für das Arbeitskampfrecht kein in sich geschlossenes System von Rechtsnormen in Form eines Arbeitskampfgesetzes existiert[455], muß Ausgangspunkt für eine Untersuchung der Stellung des Arbeitskampfes in der Gesamtrechtsordnung die Suche nach Vorschriften sein, die Aussagen über den Arbeitskampf u./oder mögliche schuldrechtlich bedeutsame Fragen enthalten[456] bzw. entsprechende Ableitungen ermöglichen. Solche Rechtsnormen finden sich in völkerrechtlichen Verträgen sowie im Bundes-, Landes- u. Richterrecht.[457]

---

455 So zutr. Seiter, JA 79, S. 338; Weigand/Wohlgemuth, Arbeitskampf, S. 10.

456 Dabei werden sowohl diejenigen Vorschriften berücksichtigt, die den Arbeitskampf ausdrücklich nennen als auch solche, die im systematischen Zusammenhang damit Erwähnung finden.

457 Dieser hier zugrunde gelegte Aufbau orientiert sich primär an der im Arbeitsrecht geltenden Reihenfolge von Normen u. Gestaltungsfaktoren; wie hier etwa Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 10; Rüthers, Aussperrung, S. 14 ff.

1. Normative Grundlagen des Arbeitskampfrechts

a) Völkerrechtliche Verträge[458]

Eine deutliche Stellungnahme zum Arbeitskampf ist in Teil II Art. 6 Zif. 4. ESC enthalten.[459] Danach wird im Falle von Interessenkonflikten das Recht der AN u. AG auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts[460] von den vertragschließenden Parteien anerkannt, vorbehaltlich der Verpflichtungen, die sich aus bestehenden Gesamtarbeitsverträgen ergeben.[461] Art. 6 Zif. 4. ESC ist im Zuammenhang mit Art. 31 ESC zu sehen;[462] daraus ergeben sich die Vor. für mögliche Einschränkungen u. Begrenzungen der in der ESC festgelegten Grundsätze u. Rechte.[463]

---

458 Zum Begriffsinhalt etwa Bernhardt, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 162:"... jede Vereinbarung zwischen zwei oder mehr Völkerrechtssubjekten über die Begründung oder Änderung völkerrechtlicher Rechte und/oder Pflichten ..."

Anstelle dieses hier verwendeten Begriffs finden sich z.T. auch Bezeichnungen wie "supranationale Rechtsgrundlagen", so Däubler, Streik, S. 171; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 164; "internationale Verträge", vgl. Däubler, Arbeitsrecht, S. 131; "internationale Übereinkommen", Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 90. Inhaltliche Unterschiede zwischen diesen Begriffen bestehen soweit ersichtlich nicht; wie hier etwa BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 2. d.G.; Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 5.

459 Zur Qualifikation der ESC als völkerrechtlicher Vertrag näher Pischel, Bedeutung der Sozialcharta, S. 15 f. Zum Begriff des völkerrechtlichen Vertrages etwa Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 59, Rdnr. 11.

460 Ob dieser Terminus i.S. einer echten verfassungsrechtlichen Gewährleistung zu verstehen ist oder aber nur die Streikfreiheit meint, so Adams, Streik, S. 100 ff., insbes. S. 105, muß an dieser Stelle nicht entschieden werden. Zur Bedeutung dieser Alt. näher unten unter 2., a,.

461 Vgl. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 922. Zum vollständigen Wortlaut von Art. 6 ESC BGBl. 1964 Teil II, S. 1266 f.; Hernekamp, Arbeitskampf, S. 29 f.

462 Hierzu näher o.V., HB v. 10.1.85, Nr. 7, S. 3; Seiter, Streikrecht, S. 130; auch Schambeck, Grundrechte, S. 66.

463 Art. 31 ESC verlangt neben einer Einschränkung aufgrund eines Gesetzes kumulativ das Vorliegen weiterer Vor. Diese Vorschrift berechtigt die BRD völkerrechtlich zur Regelung des Arbeitskampfrechts, vgl. Schaub, Handbuch, S. 1137.

Nach überwiegender Meinung enthält Art. 6 Zif. 4. ESC eine Garantie[464] sowohl von Streiks als auch von Aussperrungen.[465] Obwohl der Wortlaut der Vorschrift nur Streiks ausdrücklich erwähnt, wird die Garantie unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der ESC[466] sowie auf die Auslegungspraxis[467] auch auf Aussperrungsmaßnahmen erstreckt.[468] Zu den kontrovers beurteilten Problemen zählen im hier interessierenden Zusammenhang insbes. der Schutz von wilden Streiks[469] durch die ESC sowie die Frage, ob die Garantie von Streiks u. Aussperrungen als gleichrangig anzusehen ist.[470]

Obwohl die BRD zu den unterzeichnenden Staaten zählt[471] u. der

---

464 Die Begriffe "Garantie" bzw. "Gewährleistung" werden hier im staatsrechtlichen Sinne verwendet; zum Begriffsinhalt näher in anderem Zusammenhang unten unter 2., a,.

465 Vgl. Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 10; Gitter ZfA 71, S. 140 ff.; Krejci, Aussperrung, S. 116 f.; Rüthers, Aussperrung, S. 15; derselbe in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 67; Seiter, RdA 79, S. 70; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 296. Gegen eine Garantie der Aussperrung etwa Däubler, Arbeitsrecht, S. 160; Kittner, GewMH 73, S. 102 Fn. 50; Lerche, Zentralfragen, S. 83 ff. Offen gelassen von BAG v. 10.6.80, AP Nr 64 zu Art.9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 2. a, d.G.; ebenso wohl auch Schambeck, Grundrechte, S. 66.

466 Vgl. Frowein wie Fn. 465, S. 12 f.; Gitter wie Fn. 465, S. 141.

467 So etwa Frowein wie Fn. 465, S. 13 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 316 m.w.N. in Fn. 13; wohl auch Richardi, RdA 70, S. 66.

468 Zur Frage der Erstreckung von Art. 6 Zif. 4. ESC auf die Aussperrung im Rahmen der Diskussion um ein mögliches richterliches Verbot der Aussperrung Ende der 70er Jahre z.B. Bertelsmann, Aussperrung, S. 140 ff.; Raiser, Aussperrung, S. 96 ff.; Seiter, NJW 80, S. 909 f. mit Hinweisen auf die instanzgerichtliche Rechtsprechung; Söllner, RdA 80, S. 17 f.

469 Dafür insbes. Ramm, AuR 67, S. 108 ff.; a.A. ArbG Berlin v. 10.10.74, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I.2.b, d.G.; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 67; Schaub, Handbuch, S. 1137; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 100; zum Ganzen auch Gitter, ZfA 71, S. 138 ff.

470 Jedenfalls im Hinblick auf eine formelle Betrachtung der Kampfparität abl. Gitter wie Fn. 469, S. 141; grundsätzlich auch Wengler, Unanwendbarkeit, S. 5 ff.; a.A. Rüthers, Aussperrung, S. 16 f.

471 Zu den weiteren Signatarstaaten Gitter wie Fn. 469, S. 135 Fn. 33; Seiter, Streikrecht, S. 129 Fn. 2.

BT das erforderliche Zustimmungsgesetz verabschiedet hat[472,473],

---

472 Gesetz v. 19.9.64, BGBl. 1964 Teil II, S. 1261. Von dieser Zustimmung sind Unterzeichnung u. Ratifizierung des Vertrages zu unterscheiden. Unsauber daher Seiter wie Fn. 471, S. 130 f., der vom "Ratifikationsgesetz" spricht, während die Ratifizierung in der BRD grundsätzlich vom Bundespräsidenten vorgenommen wird (zur teilweisen Delegation dieser Befugnis auf andere Organe näher Bleckmann, Grundgesetz, S. 211 f.), da dieser Begriff die Unterzeichnung eines völkerrechtlichen Vertrages durch das jeweilige Staatsoberhaupt meint, vgl. Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, S. 68 f.; Stein, Staatsrecht, S. 299 f.; unrichtig Weigand/Wohlgemuth, Arbeitskampf, S. 12. Zum Verfahrensablauf bei der Verabschiedung von völkerrechtlichen Verträgen näher Stein wie oben.

473 Mit Inkrafttreten dieses Gesetzes sowie nach der Ratifizierung liegen die Vor. für die innerstaatliche Geltung der ESC vor. Zu diesem Zusammenhang allgemein BVerfG v. 30.7.52, BVerfGE 1, S. 410 f.; Rojahn, in: von Münch, GG - K Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 40; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, S. 54. Innerstaatliche Geltung bedeutet, daß eine völkerrechtliche Norm zum Bestandteil der jeweiligen staatlichen Rechtsordnung wird, was die Entfaltung von Rechtswirkungen zur Folge hat, vgl. Verdross/Simma, Völkerrecht, S. 440; ähnl. auch Bleckmann, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 59; ders., Grundgesetz, S. 279.

Ohne hier näher auf völkerrechtliche Grundlagen eingehen zu können, sei zur Verdeutlichung auf folgende Grundsätze hingewiesen: Während die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gem. Art. 25 GG Bestandteil des Bundesrechts werden, fehlt eine entsprechende Vorschrift für völkerrechtliche Verträge. Die innerstaatliche Behandlung solcher Verträge richtet sich vielmehr nach Art. 59 GG, vgl. Boehmer, Völkerrechtlicher Vertrag, S. 22. Da sich sowohl die ESC als auch die im folgenden zu behandelnden völkerrechtlichen Verträge auf Gegenstände beziehen, die nur in der Form formeller Bundesgesetze geregelt werden dürfen, richtet sich das Verfahren nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 2. Alt. GG. Solche Verträge bedürfen daher der Zustimmung durch BT u. ggf. BR in Form eines Gesetzes, vgl. Lenz, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 39 f. m.w.N. in Fn. 1 (S. 40); Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 59, Rdnr. 21; Rojahn, in: von Münch, GG - K Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 6 u. 7. Welche Rechtsfolgen im einzelnen aus dieser Zustimmung für die innerstaatliche Geltung des Vertragsinhalts resultieren, wird durch Art. 59 GG nicht festgelegt; vielmehr ist der insoweit bereits vor Inkrafttreten des GG bestehende Streit zwischen den Vertretern der Transformations- sowie der Vollzugstheorie durch diese Vorschrift nicht entschieden worden, vgl. z.B. Rojahn, in: von Münch, GG - K Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 40; dazu auch Kimminich, AöR 93, S. 505. Zu Inhalt u. Konsequenzen der beiden Theorien näher Boehmer, Völkerrechtlicher Vertrag, insbes. S. 32 ff.; Lenz wie oben, S. 43 ff.; Rojahn wie oben, Art. 59, Rdnr. 40; auch Kimminich, AöR 93, S. 497 m.w.N. in Fn. 26 u. 27; dieser Streit, der in erster Linie das Verhältis von völkerrechtlichem u. innerstaatlichem Rechtsbereich betrifft, braucht hier nicht entschieden zu werden. Zu den (beiden) verschiedenen möglichen Funktionen von Zustimmungsgesetzen Lenz wie oben, S. 40 f.; Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 59, Rdnr. 25.

spielt Art. 6 Zif. 4. ESC in der Diskussion um die Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung eine eher unbedeutende Rolle.[474] Dieser Umstand ist primär darauf zurückzuführen, daß trotz Zustimmung u. Ratifikation[475] die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung str. ist.[476] Zur Herbeiführung der unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen bedarf es nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung zweier Vor.[477] Der Vertrag muß einen transformationsfähigen Inhalt haben[478] u. dieser Inhalt darf nicht lediglich als Verpflichtung der vertragsschließenden Staa-

---

474 Vgl. Seiter, Streikrecht, S. 130; vgl. auch die eher beiläufigen Äußerungen des BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A.II.2.a, d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A.II.2.a, d.G.

475 Zum Begriff bereits oben Fn. 472.

476 So zutr. Schwerdtner, Jura 85, S. 22. Zwischen innerstaatlicher Geltung u. unmittelbarer Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen ist zu unterscheiden, so deutlich Bleckmann, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 57 ff.; ders., Grundgesetz, S. 279. Unmittelbare Anwendbarkeit bedeutet, ob u. inwieweit eine Norm die von ihr beabsichtigten innerstaatlichen Rechtswirkungen präzise zum Ausdruck bringt, so Verdross/Simma, Völkerrecht, S. 440 bzw. unter welchen Vor. sie von Gerichten u. Behörden angewendet werden kann sowie subjektive Rechte begründet, so Bleckmann, Grundgesetz, S. 279. Zum Begriff der innerstaatlichen Geltung bereits oben Fn. 473.

477 Vgl. Bleckmann, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 20 ff., insbes. S. 21; ders., Grundgesetz, S. 279 ff., insbes. S. 282 ff.; Koller, Unmittelbare Anwendbarkeit, S. 58 ff. u. S. 64 ff.; Rojahn, in: von Münch, GG - K Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 41. Bleckmann, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 157 ff. u. S. 233 ff. spricht auch von subjektiven u. objektiven Vor. der innerstaatlichen Anwendbarkeit.

478 Diese Vor. ist dann erfüllt, wenn der Inhalt dieses völkerrechtlichen Vertrages bestimmt genug ist, um durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden angewendet zu werden, vgl. Bleckmann, Grundgesetz, S. 284; Rojahn, in: von Münch, GG - K Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 41. Im Falle von Art. 6 Zif. 4. ESC wird die Transformationsfähigkeit überwiegend bejaht, vgl. Däubler, Streik, S. 182; Seiter, Streikrecht, S. 131; a.A. Lerche, Zentralfragen, S. 83.

ten untereinander gewollt sein.[479]

Im Falle der ESC ist das Vorliegen der zweiten Vor. umstr. Die Vertreter einer unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit stützen sich v.a. auf den Wortlaut von Art. 6 Zif. 4. ESC, der - wie ansonsten nur noch Art. 18 Zif. 1. ESC - im Gegensatz zu allen übrigen Bestimmungen die Formulierung "anerkennen" enthalte, während ansonsten nur von "Verpflichtungen" die Rede sei.[480] Ferner wird auf eine Klarstellung zu Art. 6 Zif. 4. im Anhang der ESC[481] sowie auf Art. 32 ESC verwiesen.[482]

Die Gegenmeinung führt zur Stützung ihrer Auffassung eine andere Klarstellung im Anhang zu Teil III der ESC[483] sowie die Entstehungsge-

---

479 Häufig findet sich in diesem Zusammenhang die Formulierung, die Normen des völkerrechtlichen Vertrages müßten "self-executing" sein, vgl. Rojahn wie Fn. 477; Verdross/Simma, Völkerrecht, S. 441. Damit ist gemeint, daß Verträge bzw. Vertragsteile konkrete Rechte u. Pflichten für einzelne Staatsbürger bzw. staatliche Behörden begründen, vgl. Rojahn wie Fn. 477. I.d.R. sind völkerrechtliche Verträge non-self-executing, d.h. sie enthalten nur Rechte u. Pflichten der vertragsschließenden Staaten, vgl. Partsch, in: Bettermann, Neumann, Nipperdey, Grundrechte I./1., S. 266; Verdross/Simma, Völkerrecht, S. 440. Derartigen Verträgen kann nur dann zur unmittelbaren Anwendbarkeit verholfen werden, wenn der nationale Gesetzgeber selbst entsprechende Gesetze in Kraft setzt, vgl. Menzel/Ipsen, Völkerrecht, S. 68; Verdross, Völkerrecht, S. 120; Wengler, Völkerrecht I, S. 453. Krit. zur Brauchbarkeit des Begriffpaares self-/non-self-executing im Zusammenhang mit der unmittelbaren Anwendbarkeit Kimminich, AöR 93, S. 506.

480 Vgl. Adams, Streik, S. 89 ff., insbes. S. 94; Däubler, Streik, S. 180; Gitter, ZfA 71, S. 136; Promberger, Arbeitskampf, S. 12 f.; Ramm, AuR 67, S. 98; Schambeck, Grundrechte, S. 97 f. Für unmittelbare Anwendbarkeit auch Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 97 f.

481 Vgl. Däubler wie Fn. 480; Promberger wie Fn. 480, S. 13; Schambeck wie Fn. 480, S. 98.

482 Vgl. Däubler wie Fn. 480; Promberger wie Fn. 480, S. 12. Vgl. zu diesen Begründungen auch die Darstellung bei Seiter, Streikrecht, S. 131 f. Zum Ganzen auch Bleckmann, Grundgesetz, S. 385 f., der jene Bestimmungen der ESC für unmittelbar anwendbar hält, die hinreichend bestimmte rechtliche Verpflichtungen enthalten.

483 Vgl. ArbG Berlin v. 10.10.74, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 2. b, d.G.; Bertelsmann, Aussperrung, S. 140; Cottier, Arbeitsrechtliche Bestimmungen, S. 89; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 923 f.; Müller, DB 84, S. 2692; Scholz/Kon-

schichte dieser Bestimmung an.[484]

Wenn auch namentlich die Entstehungsgeschichte der oben angesprochenen Klarstellung deutlich gegen eine unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit der ESC spricht[485], so braucht gleichwohl die Streitfrage an dieser Stelle nicht abschließend entschieden zu werden. Die ESC hätte selbst im Falle der unmittelbaren Anwendbarkeit nach richtiger Ansicht nur den Rang von einfachem Bundesgesetzesrecht[486], so daß sie jedenfalls im Rang hinter das GG zurücktreten müßte.[487] Da die neuere Arbeitskampfrechtsprechung des BAG v.a. aus Art. 9 Abs. 3 GG zen-

---

zen, Aussperrung, S. 140; Wengler, Unanwendbarkeit, S. 10 ff. Gegen diese Argumentation insbes. Söllner, Arbeitsrecht, S. 78 sowie RdA 80, S. 18, wonach Art. 6 Zif. 4. ESC die Anerkennung des Streikrechts selbst enthalten soll.

484 Vgl. dazu insbes. Cottier wie Fn. 483, S. 88 f.; Lenz, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 97 ff., insbes. S. 99 u. S. 105. Grundsätzlich gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 6 Zif. 4. ESC auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 66; Schaub, Handbuch, S. 1137; Schmid, Grundzüge, S. 206.

485 Vgl. dazu den Hinweis von Seiter, Streikrecht, S. 133 Fn. 17 auf die nicht ausreichende Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte durch die oben skizzierte Gegenmeinung.

486 Vgl. von Münch, Jura 79, S. 34; Pischel, Bedeutung der Sozialcharta, S. 22 ff., insbes. S. 25; Richardi, RdA 70, S. 66. Allgemein zur Frage des Rangs von Völkervertragsrecht im innerstaatlichen Recht der BRD Bleckmann, Grundgesetz, S. 277 ff.; Lenz, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 54 f. m.w.N. in Fn. 1 u. 2 (S. 55); Rojahn, in: von Münch, GG - K Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 43; Verdross/Simma, Völkerrecht, S. 438. Gegenüber bestehenden Bundesgesetzen gilt der Grundsatz lex posterior derogat legi inferiori, vgl. BGH v. 19.12.57, BGHZ 26, S. 202; OLG Bremen v. 16.5.62, NJW 62, S. 1735; Lenz wie oben, S. 61 m.w.N. in Fn. 4.

487 Dies ergibt sich aus dem Grundsatz vom Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht, der eine Ausprägung in Art. 20 Abs. 3 GG gefunden hat, vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 81; Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3, Rdnr. 3; Schnapp, in: von Münch, GG - K Bd. 1, Art. 20, Rdnr. 34; zum Rangverhältnis GG - ESC auch Krejci, Aussperrung, S. 112. Zur Selbstverständlichkeit dieses Grundsatzes Wahl, Der Staat 20, S. 487. Auf einen anderen, spezielleren, auf Art. 1 Abs. 3 GG beruhenden Teilaspekt dieses Grundsatzes braucht an dieser Stelle nicht zurückgegriffen zu werden, dazu näher etwa Schmidt, Jura 83, S. 172 f.

trale Aussagen zur Stellung des Arbeitskampfes ableitet[488], ist es naheliegend, zunächst die Reichweite dieser Norm im Hinblick auf ihren arbeitskampfrelevanten Inhalt zu untersuchen.

Auch auf angeblich im Vergleich dazu weitergehende Aussagen in der ESC[489] muß ebenfalls vorab nicht näher eingegangen werden, da der neutralen Formulierung von Art. 6 Zif. 4. ESC keine Hinweise auf unmittelbare Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen auf schuldrechtliche Wertungen entnommen werden können.[490] Insoweit müßte ohnehin auf andere Rechtsgrundlagen zurückgegriffen werden.

Auch das Problem, ob trotz fehlender unmittelbarer innerstaatlicher Anwendbarkeit der ESC die Rechtsprechung gleichwohl an deren Wertungen gebunden ist[491], bedarf an dieser Stelle keiner näheren Diskussion. Diese Frage könnte allenfalls dann Bedeutung erlangen, wenn sich herausstellen sollte, daß die hier zur Beantwortung anstehenden Fragen allein aufgrund von Aussagen des Richterrechts einer Lösung zugeführt werden können[492], da die Gerichtsentscheidungen dann u.U. auch mit

---

488 Vgl. v.a. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. d.G.; zust. Konzen/Scholz, DB 80, S. 1595. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird diese Sichtweise bisher nur selten vertreten, vgl. dazu den Überblick bei Seiter, NJW 80, S. 906 f. sowie ArbG Berlin v. 10.10.74, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I.3.a, d.G.

489 Dazu näher Seiter, RdA 81, S. 70.

490 So zutr. Gitter, ZfA 71, S. 144 m.w.N. Selbst wenn man entgegen der h.M. aus Art. 6 Zif. 4 ESC subjektiv-private Rechte ableiten würde, wäre damit für die hier interessierende Frage noch nichts gewonnen, da die Grundsätze aus dem Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht, wie bereits klargestellt wurde, nicht ohne weiteres auf das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht übertragen werden können. Wie hier auch Krejci, Aussperrung, S. 117, der jede privatrechtliche - also auch eine arbeitsvertragliche - Relevanz von Art. 6 Zif. 4. ESC leugnet.

491 So v.a. Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 67; Seiter, Streikrecht, S. 137 ff.; ders., NJW 80, S. 910 m.w.N.; zurückhaltender Müller, AuR 72, S. 3; ähnl. ders., RdA 73, S. 138. Dagegen zu Recht Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 61 f.; Schaub, Handbuch, S. 1137. Die Gegenmeinung verkennt die Konsequenzen, die sich aus der Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm ergeben; wie hier z.B. Rojahn, in: von Münch, GG - K Bd. 2, Art. 59, Rdnr. 41; Verdross/Simma, Völkerrecht, S. 440 f. BVerfG u. BAG haben diese Frage bislang offen gelassen, vgl. o.V., HB v. 10.1.85, Nr. 7, S. 3.

492 Dazu näher unten unter d,.

den Wertungen der ESC als insoweit übergeordneter Rechtsquelle im Einklang stehen müßten.[493]

Aus Art. 11 Abs. 1 MRK ergibt sich das Recht aller Menschen zum freien Zusammenschluß mit anderen sowie das Recht zur Bildung von Gewerkschaften u. zum Beitritt hierzu.[494,495] Unter den Vor. von Art. 11 Abs. 2 MRK dürfen diese Rechte aber eingeschränkt werden.[496]

Nach h.M. ist die MRK bereits aufgrund des Zustimmungsgesetzes[497] innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht geworden. Die MRK hat den Rang von Bundesrecht.[498] Da sich aus Art. 1 MRK unmittelbare Ansprüche derjenigen Personen ergeben, die der Gewalt der vertragsschließenden Staaten unterliegen[499], kann vom Bestehen subjektiver Rechte

---

493 Dies beruht auf dem Rangverhältnis zwischen einfachem Gesetzesrecht u. Richterrecht.

494 Vgl. z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 918 f.; zum vollständigen Wortlaut etwa Hernekamp, Arbeitskampf, S. 28.

495 Obwohl Art. 11 Abs. 1 MRK nur die Gewerkschaften ausdrücklich erwähnt, wird die Koalitionsgarantie auch auf die AG-Seite erstreckt, vgl. Raiser, Aussperrung, S. 95; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 63.

496 Art. 11 Abs. 2 MRK hat somit eine Art. 31 ESC vergleichbare Funktion, dazu bereits oben (S. 211 sowie Fn. 463).

497 Vgl. Gesetz v. 7.8.52, BGBl. 1952 II, S. 685 sowie Gesetz v. 20.12.56, BGBl. 1956 II, S. 1879.

498 Vgl. BVerfG v. 10.5.57, BVerfGE 6, S. 440; Bleckmann, Grundgesetz, S. 377; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 920; Krey, JA 83, S. 639 m.w.N. in Fn. 10; o.V., HB v. 10.1.85, Nr. 7, S. 3; Partsch, in: Bettermann, Neumann, Nipperdey, Grundrechte I./1., S. 281 ff., insbes. S. 283 f. Im Gegensatz hierzu hat die MRK etwa in Österreich Verfassungsrang, vgl. Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 98 m.w.N.

499 Vgl. BGH v. 27.6.57, BGHZ 25, S. 62; BGH v. 20.5.58, BGHZ 27, S. 285 f.; OLG Bremen v. 16.5.62, NJW 62, S. 1735; Partsch wie Fn. 498, S. 266 ff. u. S. 330; Rüthers, Aussperrung, S. 19; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 63; im Ergebnis auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 68; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 98; unklar BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 2. b, d.G., wo nicht zwischen Geltung u. Anwendbarkeit unterschieden wird. A.A. Lenz, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 89 f. unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 1 MRK; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 98 f., der den self-executing Charakter von Art. 11 Abs. 1 wegen Art. 11 Abs. 2 MRK ab-

ausgegangen werden.[500] Umstr. ist dagegen, ob Art. 11 Abs. 1 MRK entsprechend seinem Wortlaut nur die Vereinigungs- sowie die Koalitionsfreiheit gewährleistet[501], oder zusätzlich auch den Arbeitskampf mit umfaßt.[502]

Auch diese Streitfrage braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden. Selbst im Falle der Zugrundelegung der weiten Auffassung, die den Arbeitskampf als mitgewährleistet ansieht, ist davon auszugehen, daß Art. 11 Abs. 1 MRK in seinem sachlichen Gehalt nicht über Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG hinausgeht.[503] Ferner ist darauf hinzuweisen, daß auch die MRK keine Aussagen über privatrechtliche Auwirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen enthält. Aus Art. 1 MRK folgt vielmehr, daß sich die in der MRK gewährleisteten Rechte der einzelnen Personen nur gegen den jeweiligen Vertragsstaat richten; die Beziehungen zwischen einzel-

---

lehnt. Abw. Walter, Menschenrechtsordnung, S. 25 ff., der weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte von Art. 1 MRK insoweit für ergiebig hält, subjektive Rechte aber u.U. aus Art. 25 MRK ableiten zu können glaubt, vgl. ebenda, S. 31 ff., insbes. S. 35 ff.

500 Es handelt sich um subjektiv-öffentliche Rechte, d.h. um Rechte, die einzelnen Personen gegenüber dem jeweiligen Signatarstaat zustehen, so deutlich Partsch wie Fn. 498, S. 444 (für die durch Art. 11 Abs. 1 MRK umstr. gewährleistete Koalitionsfreiheit); grundsätzlich auch Gitter, ZfA 71, S. 134.

501 So wohl BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 2. b, d.G., wo darauf hingewiesen wird, daß das Arbeitskampfrecht jedenfalls nicht unmittelbar angesprochen wird.

502 Vgl. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 920 f.; Rüthers, Aussperrung, S. 19; unter Beschränkung auf Streiks Däubler, Arbeitsrecht, S. 132; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 98. Zurückhaltender Gitter, ZfA 71, S. 134 unter Hinweis auf die durch Art. 11 Abs. 2 MRK eröffneten Einschränkungsmöglichkeiten; ebenso Raiser, Aussperrung, S. 95 f.; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 63.

503 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 2. b, d.G.; zust. Seiter, RdA 81, S. 70; ebenso bereits Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 920; Raiser, Aussperrung, S. 95; Rüthers, Aussperrung, S. 20; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 68; Seiter, Streikrecht, S. 129 Fn. 1; grundsätzlich zur Deckungsgleichheit von GG u. MRK hinsichtlich der in der MRK normierten Rechte auch Krey, JA 83, S. 639.

504 So deutlich Bleckmann, Grundgesetz, S. 376 u. Partsch, in: Bettermann, Neumann, Nipperdey, Grundrechte I./1., S. 296; vgl. auch den Hinweis oben in Fn. 500.

nen Privatpersonen untereinander werden nicht mit erfaßt.[504] Aus der MRK lassen sich damit jedenfalls keine subjektiv-privaten Rechte ableiten.[505]

Auch die ILO-Übereinkommen Nr. 11, 87 u. 98 enthalten Vorschriften u.a. über die Vereinigungs- u. Koalitionsfreiheit sowie über das Koalitionsrecht.[506,507] Das im Hinblick auf die hier zu beantwortenden Fragen wichtigste Übereinkommen stellt Nr. 87 dar.[508]

Dieses Übereinkommen wurde ebenfalls von der BRD ratifiziert u. hat durch Inkrafttreten des Zustimmungsgesetzes[509] innerstaatliche Geltung erlangt. Aus Art. 1 dieses Übereinkommens ergibt sich jedoch unzweifelhaft, daß keine unmittelbaren Rechte zugunsten der Bürger der Signatarstaaten begründet werden sollen, sondern nur Verpflichtungen der Vertragsstaaten untereinander bestehen.[510] Darüberhinaus ist ohnehin umstr., ob die Bestimmungen zur Vereinigungs- u. Koalitionsfreiheit überhaupt im Hinblick auf eine Gewährleistung des Arbeitskampfes interpretiert werden können.[511] Selbst wenn man eine derartige Aus-

---

505 Die Existenz bzw. Ableitbarkeit subjektiv-privater Rechte wäre aber auch hier Vor. für eine privatrechtliche Relevanz von Art. 11 Abs. 1 MRK. Zu Begriff u. Inhalt des subjektiven Rechts noch näher unten 4. Teil, 2. Kap., III., 2.

506 Vgl. Gitter, ZfA 71, S. 132; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 67; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 90; Gitter u. Rüthers weisen allerdings nur auf die Koalitionsfreiheit hin.

507 Zur Unterscheidung zwischen Freiheit u. Recht näher unten unter 2., a, am Beispiel Arbeitskampffreiheit - Recht auf kampfweise Betätigung.

508 Vgl. BAG wie Fn. 503; Gitter wie Fn. 506, S. 132 f.; Seiter, RdA 81, S. 70. Frowein, Gewährleistung der Aussperrrung, S. 6 hält dieses Übereinkommen für die wichtigste völkerrechtliche Grundlage des Vereinigungs- u. Koalitionsrechts.

509 Vgl. Gesetz v. 20.12.56, BGBl. 1956 II, S. 2072.

510 Das Übereinkommen hat somit zwar innerstaatliche Geltung erlangt, ist aber nicht unmittelbar anwendbar; zu dieser Diff. bereits oben Fn. 476. Wie hier Däubler, Streik, S. 171; Gitter, ZfA 71, S. 132 f.; unklar Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 67 f.

511 Abl. Däubler wie Fn. 510, S. 172; Gitter wie Fn. 510, S. 133; a.A. aber unter Hinweis auf die unklare Auslegungspraxis des Übereinkommens Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 6 ff., insbes. S. 9 f.; wie Frowein auch Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 64.

legung bejahen würde, wäre jedenfalls keine über Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG hinausgehende Aussage vorhanden.[512] Gem. Art. 8 des ILO-Übereinkommens Nr. 87 kann ferner der jeweilige nationale Gesetzgeber die Betätigungsfreiheit der Koalitionen u. damit auch die Koalitionsmittel regeln[513], eine Bindung durch das Übereinkommen besteht insoweit nicht. Damit kann festgestellt werden, daß auch die ILO-Übereinkommen keine für die beiden eingangs aufgeworfenen Fragen verwertbaren Anhaltspunkte enthalten, da sich daraus weder subjektiv-öffentliche noch subjektiv-private auf den Arbeitskampf bezogene Rechte ableiten lassen.

Aus Art. 23 Abs. 4 der UN-Menschenrechtsdeklaration ergibt sich das Recht aller Menschen, Berufsvereinigungen zu bilden u. diesen beizutreten.[514] Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine politische Empfehlung[515], d.h. weder um Verpflichtungen der Signatarstaaten noch gar um subjektive Rechte der jeweiligen Staatsbürger.[516] Es ist daher hier von untergeordnetem Interesse, ob man in die Gewährung der Koalitionsfreiheit auch den Arbeitskampf als miteinbezogen ansieht.[517]

Der Vollständigkeit halber sei noch auf die Konvention über wirtschaftliche, soziale u. kulturelle Rechte vom 16.12.1966 hingewiesen. Art. 8 1. d. dieser Konvention sieht eine Gewährleistung eines Streikrechts vor, das aber unter dem Vorbehalt der Übereinstimmung mit den jeweiligen innerstaatlichen Rechtsordnungen steht.[518,519]

---

512 Vgl. BAG wie Fn. 503; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 68; Seiter, Streikrecht, S. 129 Fn. 1; ders., RdA 81, S. 70.

513 Vgl. die Hinweise bei Däubler wie Fn. 510, S. 172; Gitter wie Fn. 510, S. 133.

514 Zum offiziellen Originalwortlaut Hernekamp, Arbeitskampf, S. 26.

515 Vgl. Däubler, Streik, S. 171; Gitter, ZfA 71, S. 132; McDougal, in: Bettermann, Neumann, Nipperdey, Grundrechte I./1., S. 510 f.; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 67.

516 Vgl. Gitter wie Fn. 515.

517 Abl. Däubler wie Fn. 515; Gitter wie Fn. 515.

518 Der Originalwortlaut ist abgedruckt bei Seiter, Streikrecht, S. 129 Fn. 1.

519 Zur Bedeutung der Hervorhebung des Streikrechts Seiter, RdA 81, S. 70.

Zwar ist auch diese Konvention von der BRD ratifiziert worden u. hat innerstaatliche Geltung erlangt[520], sie enthält jedoch ebenfalls nur zwischenstaatliche Verpflichtungen der unterzeichnenden Staaten[521] u. damit keine unmittelbar zugunsten der Staatsbürger bestehenden Rechte.[522] Aufgrund des für das Streikrecht bestehenden Vorbehalts kann der Konvention keine über Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG hinausgehende Aussage entnommen werden[523], so daß auch dieser völkerrechtliche Vertrag im hier interessierenden Zusammenhang nicht weiterführt.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß sich aus den derzeit in der BRD in Kraft befindlichen völkerrechtlichen Verträgen, die mit dem Arbeitskampf in Zusammenhang gebracht werden können, keine Aussagen direkt entnehmen bzw. ableiten lassen, die nicht bereits in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG enthalten sind. Da die arbeitskampfrelevanten Vereinbarungen selbst in den Fällen unmittelbarer innerstaatlicher Geltung[524] nur den Rang von Bundesgesetzen haben, braucht darauf solange nicht zurückgegriffen werden, als höherrangige Rechtsquellen - wie hier das GG - Berücksichtigung finden können. Während z.T. wenigstens Anhaltspunkte für die öffentlich-rechtliche Stellung des Arbeitskampfes bestehen[525], geben die völkerrechtlichen Verträge für die privat-, insbes. die schuldrechtlichen Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen überhaupt nichts her, da sie weder subjektiv-private Rechte noch sonstige Aussagen über privatrechtsrelevante Rechtsfolgen enthalten. Da gerade diesem Gesichtspunkt hier entscheidende Bedeutung zukommt, bedarf es der Prüfung anderer einschlägiger Rechtsgrundlagen.

---

520 Vgl. Gesetz v. 23.11.73, BGBl. 1973 II, S. 1569.

521 Vgl. Seiter wie Fn. 518.

522 Es fehlt also die innerstaatliche Anwendbarkeit, so deutlich Bleckmann, Grundgesetz, S. 390.

523 Daher ist es verständlich, daß diese Konvention in der oben (Fn. 468) erwähnten Diskussion über ein Verbot der Aussperrung keine Rolle gespielt hat; weder das BAG noch die verschiedenen Instanzgerichte haben darauf abgestellt.

524 Nach der hier vertretenen Auffassung erfüllt von den behandelten völkerrechtlichen Verträgen ohnehin nur die MRK diese Vor.

525 Auch dies beansprucht nur für die MRK Geltung, vgl. dazu den Hinweis oben in Fn. 500.

b) Bundesrechtliche Rechtsnormen

aa) Verfassungsrecht

Der Begriff "Arbeitskampf" findet sich nur an einer einzigen Stelle im GG, nämlich in Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG, der sog. Notstandsklausel. Dieser S. 3 wurde aber erst 1968 im Rahmen der Notstandsgesetzgebung in den Art. 9 GG eingefügt.[526,527] Damit sollten ausdrücklich die in S. 3 näher beschriebenen Arbeitskämpfe im Notstand vor bestimmten Eingriffen[528], insbes. vor Einschränkungen geschützt werden.[529] Hier interessiert zunächst, ob aus der Notstandsklausel allein Folgerungen im Hinblick auf eine Verankerung des Arbeitskampfes auf der Ebene des GG im Normalfall gezogen werden können u. ggf. welche Reichweite einer solchen Verankerung insbes. im Hinblick auf privatrechtlich relevante Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen zukommt.

Eine verbreitete Auffassung zieht aus der Garantie des Arbeitskampfes im Notstand den Schluß, daß dieser Grundsatz im Normalfall erst recht

---

526 Vgl. Gesetz v. 24.6.68, BGBl. 1968 I, S. 709 ff. sowie die diesbezüglichen Hinweise bei Glückert, Arbeitskampfschutzklausel, S. 132; Richardi, RdA 71, S. 334; Seiter, JA 79, S. 340; Söllner, Arbeitsrecht, S. 80.

527 Während der Beratungen des GG war die Einfügung eines Abs. 4 in den jetzigen Art. 9 GG erwogen worden; dort sollte das Streikrecht zur Wahrung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen ausdrücklich anerkannt werden. Aus verschiedenen, an dieser Stelle nicht näher darzulegenden Gründen - dazu etwa Germelmann, Streikrecht, S. 22 ff. - hat diese Initiative aber in der endgültigen Fassung des GG keinen Niederschlag gefunden; das Streikrecht wurde also nicht im GG verankert. Zur Entstehungsgeschichte von Art. 9 GG ausf. z.B. Dietz, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 100 f.; Rüthers, Streik, S. 22 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 63 f. jeweils m.w.N.

528 Zu den einzelnen Maßnahmen, die sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen, ausf. etwa Glückert, Arbeitskampfschutzklausel, S. 105 ff. Es handelt sich dabei um Maßnahmen der Exekutive, vgl. Krejci, Aussperrung, S. 34 f.; Seiter, Streikrecht, S. 74.

529 Vgl. Glückert wie Fn. 528, S. 177; Hueck, RdA 68, S. 430; Rüthers, Aussperrung, S. 33; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 9, Rdnr. 20; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 38 f. Daher wird die Notstandsklausel z.T. als Schranken - Schranke bezeichnet, vgl. etwa Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 389.

gelten müsse.[530] Es wäre widersinnig, wenn der Arbeitskampf womöglich im Notstand einen umfassenderen Schutz genieße.[531]

Die Gegenmeinung beruft sich in erster Linie auf die Entstehungsgeschichte der Notstandsklausel.[532] Daraus ergebe sich, daß der Verfassungsgesetzgeber nicht beabsichtigte, den vor Einfügung der Notstandsklausel bestehenden Rechtszustand hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen zu ändern.[533,534]

---

530 Vgl. Bötticher, RdA 69, S. 368; Däubler, Streik, S. 72 f. (zusätzlich wird von ihm die gesetzessystematische Stellung von Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG herangezogen); Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 19 f., S. 24 ff. u. S. 34; Lerche, Zentralfragen, S. 89; von Münch, Jura 79, S. 34; Rüthers, DB 68, S. 1949 f.; ders., Aussperrung, S. 34; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 34; Söllner, RdA 80, S. 19; Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 90 ff., insbes. S. 93; ders., Grundzüge, S. 207; wohl auch Glückert wie Fn. 528, S. 173 ff., insbes. S. 175; Hueck, RdA 68, S. 431; Otto, Gutachten, S. 40 f.; Reuß, AuR 72, S. 140; Scheuner, RdA 71, S. 330; zur hier einzuordnenden unveröffentlichten instanzgerichtlichen Rechtsprechung Seiter, NJW 80, S. 907 Fn. 43.

531 Vgl. Krichel, der ag 79, S. 958; von Münch wie Fn. 530; Söllner wie Fn. 530.

532 Dazu näher etwa Glückert wie Fn. 528, S. 58 ff.; Lohse, Staatsnotstand, S. 159 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 71 ff.

533 Vgl. Bertelsmann, Aussperrung, S. 133 f.; Brodmann, Arbeitskampf, S. 45; Konzen, AcP 177, S. 525; Krejci, Aussperrung, S. 74 ff.; Raiser, Aussperrung, S. 25 ff., insbes. S. 28; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 82 f.; ders., Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12, S. 41; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 111 f.; Seiter, JA 79, S. 340; Zöllner, Aussperrung, S. 14. Im Ergebnis ebenso LAG Frankfurt v. 17.4.79, AuR 79, S. 319; Benda, der ag 67, S. 387 (zum Regierungsentwurf); Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 149; Hamann/Lenz, GG, Art. 9, Anm. 12; Isensee, Beamtenstreik, S. 23; Konzen/Scholz, DB 80, S. 1594 f.; Lenz, Notstandsverfassung, Art. 9 Abs. 3, Rdnr. 2; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 9, Rdnr. 20; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 38 f.; Tettinger, Jura 81, S. 6; wohl auch Mayer-Maly, BB 67, S. 1127 u. S. 1128 (zum Regierungsentwurf).

534 Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bisher ausdrücklich offen gelassen, ob die Notstandsklausel eine Aussage über eine Gewährleistung von Arbeitskämpfen durch das GG enthält, vgl. BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 1. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 1. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 1. d.G. Unrichtig daher Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 20 f.; Krichel, der ag 79, S. 958; Söllner, RdA 80, S. 19, die den Ausführungen des BVerfG eine positive Stellungnahme im Hinblick auf eine verfassungsrechtliche Garantie der Aussperrung entnehmen wollen.

Dieser zuletzt skizzierten Auffassung, die überdies m.E. heute als wohl herrschend angesehen werden kann[535], ist der Vorzug zu geben. Die zur Verfügung stehenden Unterlagen aus dem Gesetzgebungsverfahren sind jedenfalls insoweit eindeutig, als der Notstandsklausel keine konstitutive Bedeutung zukommt.[536] Die Gegenposition begegnet v.a. deshalb Bedenken, da auf diesem Weg u.U. auch rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen unter den Schutz des GG fallen würden.[537] Die Notstandsklausel wird nämlich entsprechend ihrem Wortlaut so ausgelegt werden müssen, daß keine Diff. zwischen rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen gewollt ist.[538] Andererseits werden durch einzelne AG geführte Kampfmaßnahmen wiederum entsprechend dem Wortlaut z.T. nicht als notstandsfest angesehen[539], obwohl diese im Normalfall grundsätzlich als zulässig bzw. rechtmäßig gelten.[540] Gegen das Argument der Gesetzessystematik[541] spricht v.a., daß sich die Reichweite der Notstandsklausel während des Gesetzgebungsverfahrens im Hinblick auf einzelne Notstandsmaßnahmen geändert hat. Aus diesem Grund.

---

535 Vgl. BAG wie Fn. 534.

536 Vgl. insbes. BT-Drucks. V/1879, S. 24; BT-Drucks. V/2873, S. 3.

537 So zutr. Seiter, Streikrecht, S. 74.

538 Vgl. Glückert, Arbeitskampfschutzklausel, S. 162 ff.; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 87; Seiter wie Fn. 537, S. 70 f. A.A. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 917; Lenz, Notstandsverfassung, Art. 9 Abs. 3, Rdnr. 9; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 60; Rüthers, DB 68, S. 1950; ders., Aussperrung, S. 34; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 9, Rdnr. 20. Diff. Krejci, Aussperrung, S. 37 f.

539 Vgl. Glückert wie Fn. 538, S. 159; Hueck, RdA 68, S. 430; Hueck/Nipperdey wie Fn. 538, S. 906 u. S. 917; Seiter wie Fn. 537, S. 69 f. (unter Hinweis auf die parlamentarischen Beratungen in Fn. 4); Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 59; wohl auch Schmid, Grundzüge, S. 218. A.A. Lenz wie Fn. 538, Art. 9 Abs. 3, Rdnr. 10; Rüthers, DB 68, S. 1950. Der Hinweis von Lenz auf die angeblich übereinstimmende Auffassung von Glückert, DB 68, S. 2281 ist unzutr., da dessen Äußerung im richtigen Zusammenhang gelesen werden muß.

540 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. 2. d.G.; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 22; Hueck/Nipperdey wie Fn. 538, S. 906; Schmid, Grundzüge, S. 219.

541 Soweit ersichtlich wird diese Begründung nur von Däubler, Streik, S. 72 f. vertreten.

konnte auch am ursprünglich vorgesehenen systematischen Standort[542] nicht festgehalten werden.[543]

Neben diesen im Schrifttum bereits häufig vorgetragenen Argumenten ist weiterhin darauf hinzuweisen, daß auch bei Zugrundelegung der oben abgelehnten Auffassung der Notstandsklausel selbst keine Anhaltspunkte für den Umfang einer möglichen verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes entnommen werden könnten.[544] Dies gilt selbstverständlich auch für die hier im Blickpunkt stehenden schuldrechtlichen Auswirkungen einer solchen Verankerung.[545] Festzuhalten ist daher, daß eine isolierte Betrachtung von Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG hier nicht weiterzuführen vermag.[546] Vielmehr bedarf es der Feststellung, welche Grundsätze von Rechtsprechung u. Schrifttum hinsichtlich der Stellung des Arbeitskampfes im GG insgesamt entwickelt wurden. Einer solchen Vorgehensweise steht der nach der hier vertretenen Auffassung fehlende Wille des Verfassungsgesetzgebers, durch die Notstandsgesetz-

---

542 Im Regierungsentwurf war die Notstandsklausel als Art. 91 Abs. 4 GG vorgesehen, vgl. Benda, der ag 67, S. 387; Mayer-Maly, BB 67, S. 1126.

543 Vgl. dazu im einzelnen Seiter, Streikrecht, S. 73 f.

544 Vgl. BAG wie Fn. 534; Krejci, Aussperrung, S. 37; Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 97. Diese Bewertung gilt auch dann, wenn man anerkennt, daß durch die Notstandsklausel sowohl Streik als auch Aussperrung grundsätzlich Eingang in das GG gefunden haben, so etwa Lenz, Notstandsverfassung, Art. 9 Abs. 3, Rdnr. 7; Reichel, AR-Blattei, D, Notstandsgesetzgebung II, unter B. 3.; Seiter, JA 79, S 340; ders., RdA 81, S. 69; Zöllner, Aussperrung, S. 14. Damit ist aber z.B. noch nicht entschieden, welche einzelnen Erscheinungsformen der Aussperrung ggf. den Schutz des GG beanspruchen können; diese Frage kann wiederum nur unter Heranziehung anderer GG-Bestimmungen sowie deren Auslegung beantwortet werden.

545 Ähnl. wie hier wohl auch Seiter, RdA 81, S. 69 unter Hinweis auf die privatrechtliche Ausgestaltung der Aussperrung sowie deren Grenzen.

546 Diese Beurteilung gilt selbst dann, wenn man mit Krejci, Aussperrung, S. 37 davon ausgeht, daß der Arbeitskampf durch die Notstandsklausel bis zu einem gewissen Grade verfassungsrechtlich gewährleistet sein muß; die Notstandsregelung wäre in der Tat sinnlos, wenn der einfache Gesetzgeber außerhalb des Notstands alle Arbeitskämpfe untersagen könnte. Wie unten unter 2., a, noch zu zeigen sein wird, ist der Erkenntniswert dieses Satzes im Hinblick auf Art u. Reichweite eines Schutzes des Arbeitskampfes durch das GG aber nur sehr gering u. damit für die hier zu erörternden Fragen wenig hilfreich.

gebung eine positive Regelung der Verankerung des Arbeitskampfes im GG vorzunehmen, nicht entgegen.[547] In diesem Zusammenhang kann der Notstandsklausel aber nur eine - wenn auch u.U. wertvolle - Hilfsfunktion zukommen;[548] eine solche indizielle Wirkung besteht v.a. in bezug auf die konkrete Rechtsgrundlage für die Verankerung des Arbeitskampfes im GG.[549]

bb) Einfaches Bundesrecht

Die Begriffe "Arbeitskampf" bzw. "Streik u. Aussperrung" werden in diversen bereits in anderem Zusammenhang[550] erwähnten einfachgesetzlichen Vorschriften verwendet. Gemeinsam ist diesen Normen, daß sie die Rechtsfolgen von Arbeitskampfmaßnahmen hinsichtlich einiger weniger Teilbereiche ausdrücklich regeln, aber keine Aussagen über seine Zulässigkeit oder Garantie enthalten.[551] Die Existenz rechtmäßiger Arbeitskämpfe wird vielmehr vorausgesetzt[552], wobei davon auszugehen sein wird, daß der Gesetzgeber dabei nicht an die Rechtsprechung der

---

547 Vgl. Seiter, Streikrecht, S. 75 Fn. 23; Zöllner, Aussperrung, S. 15. Die fehlende ausdrückliche Erwähnung des Arbeitskampfes rechtfertigt es nicht, seine verfassungsrechtliche Gewährleistung von vornherein abzulehnen, vgl. Otto, Gutachten, S. 41.

548 Wie hier Benda, der ag 67, S. 387; Tettinger, Jura 81, S. 6.

549 Dazu ausf. unten unter 2., b,.

550 Oben 1. Kap. (S. 124).

551 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 3. d.G.; Auffarth, RdA 77, S. 130 (Lösungen für Konfliktfälle des Arbeitskampfrechts mit anderen Regelungen); Schmid, Grundzüge, S. 206; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 58; Seiter, JA 79, S. 338; ders., NJW 80, S. 910; anders Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 63 f., der aus § 25 KSchG die Anerkennung der Aussperrung durch den Gesetzgeber entnehmen zu können glaubt.

552 Vgl. BAG wie Fn. 551; zust. Seiter, RdA 81, S. 70; auch Fabricius, FS für Gleitze, S. 463 f.; Konzen/Scholz, DB 80, S. 1595; Schwerdtner, Jura 85, S. 22.

Arbeitsgerichtsbarkeit zum Arbeitskampfrecht anknüpfen wollte.[553] Die Anerkennung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen kann somit wiederum nur auf Verfassungsebene erfolgt sein[554], da sich wegen Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG nur insoweit überhaupt Bindungen für den Gesetzgeber ergeben können.

Unmittelbare Anhaltspunkte für die hier gestellten Ausgangsfragen können auch aus den oben in Bezug genommenen Vorschriften nicht gewonnen werden, da jedenfalls eine Regelung schuldrechtlicher Auswirkungen des Arbeitskampfes im hier verstandenen Sinne daraus nicht entnommen werden kann. Immerhin zeigen diese Regelungen aber, daß Arbeitskampfmaßnahmen zu einer Modifikation der rechtlichen Beurteilung im Vergleich zur "Normallage" führen. Das Arbeitskampfrecht bewirkt v.a auch, daß zugunsten der AN bestehende Schutzbestimmungen für die Dauer eines Arbeitskampfes nicht gelten.[555] Daraus kann zumindest ein Indiz zugunsten der Vorrangtheorie abgeleitet werden, ohne daß aber gleichzeitig Aussagen über ihren Geltungsbereich getroffen werden können: Wenn nämlich arbeitskampfrechtliche Wertungen zu einer besonderen rechtlichen Beurteilung führen können, so müssen auch Modifikationen schuldrechtlicher Wertungen denkmöglich sein.

---

553 Die sog. Billigungstheorie, die i.w. beinhaltet, der Gesetzgeber habe durch die o.a. Vorschriften die Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfrecht billigen wollen, ist vom BAG wie Fn. 551 ausdrücklich abgelehnt worden; so auch Seiter, RdA 81, S. 70; a.A. Rüthers, Aussperrung, S. 42 f. Zur abw. instanzgerichtlichen Rechtsprechung die Nachw. bei Seiter, NJW 80, S. 910 Fn. 83.

554 Im Ergebnis wie hier Söllner, RdA 80, S. 20.

555 Besonders deutlich wird dies m.E. bei den §§ 25 KSchG, 18 Abs. 7 SchwbG u. 116 AFG: Ein Anspruch auf Arbeitslosengeld besteht grundsätzlich bereits dann, wenn die im § 100 AFG abschließend genannten Vor. vorliegen, vgl. etwa Schönefelder/Kranz/Wanka/Schneider, AFG, § 100, Rdnr. 13. Selbst wenn diese Vor. vorliegen, ordnet § 116 AFG das Ruhen dieses Anspruchs an, wenn durch seine Erfüllung gegen den Grundsatz der staatlichen Neutralität verstoßen werden würde.

c) Landesrechtliche Rechtsnormen

Die Verfassungen einiger Bundesländer sehen die Anerkennung oder Gewährleistung eines Streikrechts vor[556], wobei dessen Reichweite u. Intensität aber - wie sich bereits aus dem Wortlaut der entsprechenden Vorschriften ergibt - nicht einheitlich ausgestaltet ist.[557] Im Gegensatz zum Streik findet die Aussperrung nur in der Verfassung des Landes Hessen Erwähnung.[558] Ausführungsvorschriften zu den Bestimmungen der Länderverfassungen auf der Ebene des einfachen Landesrechts existieren soweit ersichtlich nicht.[559]

Die einzelnen Bestimmungen des Landesverfassungsrechts können jedoch nur dann einen Beitrag zur Beantwortung der hier interessierenden Fragen leisten, wenn sie aktuelle Gültigkeit haben. Die Konsequenz dieser Annahme wäre jedoch der weitgehende Verzicht auf ein bundeseinheitliches Arbeitskampfrecht.[560] Es kann daher nicht überraschen, daß die aktuelle Gültigkeit der hier in Frage stehenden Bestimmungen im Ergeb-

---

556 Vgl. den Überblick bei Hernekamp, Arbeitskampf, S. 21 f.; auch Niese, Streik, S. 1 f. sowie Fn. 1 ff; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 49; Seiter, Streikrecht, S. 126 Fn. 1.

557 Vgl. einerseits etwa Art. 18 Abs. 3 der Verfassung von Berlin - vorbehaltlose Gewährleistung des Streikrechts -, andererseits z.B. Art. 66 Abs. 2 der Verfassung für Rheinland-Pfalz - Anerkennung des Streikrechts der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze sowie den Hinweis von Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter III. auf die insoweit fehlende verfassungsrechtliche Rechtsgleichheit in den Bundesländern. Nicht einheitlich wird die Bedeutung der Aufnahme eines Gesetzesvorbehalts in Bestimmungen verschiedener Landesverfassungen beantwortet; Nikisch, der ag 51, S. 26; ders., Streikrecht, S. 8 f. lehnt Auswirkungen auf die Anerkennung des Streikrechts ab, da in allen Fällen das Streikrecht nicht durch einfaches Landesgesetz beseitigt werden könne; krit. hierzu Ramm, AuR 67, S. 102 f. Zum Ganzen auch Niese wie Fn. 556.

558 Vgl. Art. 29 Abs. 5 HessVerf.: "Die Aussperrung ist rechtswidrig".

559 Wie hier Seiter, Streikrecht, S. 126. Dies könnte für die oben Fn. 557 erwähnte Auffassung von Nikisch sprechen, das Streikrecht sei der Disposition des einfachen Landesgesetzgebers entzogen.

560 Vgl. bereits den Hinweis oben in Fn. 557. Für die Aussperrung ergäbe sich die Konsequenz, daß sie in Hessen rechtswidrig wäre, während in den anderen Bundesländern die Anordnung einer solchen Rechtsfolge fehlt. Dieses Ergebnis vermag nicht zu überzeugen, vgl. bereits Söllner, RdA 80, S. 17.

nis überwiegend abgelehnt wird.[561] Ohne an dieser Stelle auf die Problematik des Verhältnisses von Bundesrichterrecht zu Landesverfassungsrecht, insbes. im Hinblick auf Art. 31 GG einzugehen[562], kann zunächst davon ausgegangen werden, daß die landesverfassungsrechtlichen Grundrechte jedenfalls dann von Art. 9 Abs. 3 S. 1 über Art. 31 GG verdrängt werden[563], wenn sich daraus bundeseinheitliche Aussagen über eine Anerkennung oder Gewährleistung des Streik- u./oder Aussperrungsrechts feststellen lassen.[564] Ferner gibt das Landesverfassungsrecht auch im Hinblick auf die schuldrechtlichen Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen ohnehin nichts her, wenn man der insoweit wohl überwiegenden Auffassung folgt u. das Streikrecht in keinem Fall als subjektiv-privates Recht ausgestaltet ansieht.[565,566]

---

561 Vgl. etwa Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 926; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 50; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 86; a.A. Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter Vorbem.; Däubler, Streik, insbes. S. 93; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 393. Diff. Seiter, Streikrecht, S. 128 f., der die Möglichkeit der Integration der Landesverfassungen in ein bundeseinheitliches Arbeitskampfrecht für möglich hält.

562 Vgl. von den vielen Stellungnahmen hierzu etwa Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 47 ff.; Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 70; Herschel, Sozialer Fortschritt 80, S. 217 f.; Wohlgemuth/Bobke, BB 81, S. 2147; auch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 4. d.G.

563 Wie hier die h.M., vgl. z.B. Konzen/Scholz, DB 80, S. 1596; Rüthers, Aussperrung, S. 51; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S 50. Allgemein zu den verschiedenen Ansätzen, die den Widerspruch zwischen den Grundrechten von GG u. Länderverfassungen zum Gegenstand haben, von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1 - 19, Rdnr. 40.

564 Dazu im einzelnen unten unter 2.

565 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 2. d.G.; Nikisch, der ag 51, S. 28; ders., Streikrecht, S. 12 f.; ders., Arbeitsrecht II, S. 107 f.; vgl. auch die Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 128 Fn. 13; a.A. Däubler, Streik, S. 91; ders., Arbeitsrecht, S. 130 f.; Ramm, AuR 67, S. 100 ff., insbes. S. 107 f.; dazu auch die Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 128 Fn. 12. Auf die Gegenmeinung braucht hier nicht näher eingegangen zu werden, da auch die Befürworter eines subjektiv-privaten Arbeitskampfrechts daraus nur Folgen für das Verhältnis zwischen AG u. AN - sowohl auf arbeitsvertraglicher als auch auf deliktischer Ebene - ableiten, vgl. etwa Hessel, BB 51, S. 85 ff.; Seipp, BlStSozArbR 52, S. 366 f.; Ramm, AuR 67, insbes. S. 107 f.

d) Richterrecht

Als letzter möglicher Anknüpfungspunkt kommt noch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit sowie des BVerfG in Betracht. Der eigentliche Herr des Arbeitsrechts ist der Richter.[567] Dieser Satz trifft besonders für das Arbeitskampfrecht zu[568], da es diesbezüglich in unserer Rechtsordnung nur einige wenige bruchstückhafte gesetzliche Regelungen[569], aber kein geschlossenes arbeitskampfrechtliches Normensystem auf gesetzlicher Grundlage gibt.[570] Der Gesetzgeber hat sich bisher v.a. der Verpflichtung zur Bereitstellung eines Arbeitskampfsystems in Form eines Arbeitskampfgesetzes entzogen.[571] Da gesetzesleere Räume aber nicht rechtsleer bleiben dürfen[572], sind insbes. BAG u. z.T. auch BVerfG als "Ersatzgesetzgeber" tätig gewor-

---

566 Ob die Landesverfassungen ein subjektiv-öffentliches Recht zum Streik gewähren - so etwa Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 107; zweifelnd noch ders., Streikrecht, S. 12 - kann dahingestellt bleiben, da dies zur Klärung der hier zentralen Frage nach den schuldrechtlichen Folgen von Arbeitskämpfen nichts wesentliches beizutragen vermag.

567 So Gamillscheg, AcP 164, S. 388. Zur Bedeutung des Richterrechts für das Arbeitsrecht auch Rüthers, Auslegung, S. 463; Scholz, DB 72, S. 1771.

568 Vgl. Esser, der ag 85, S. 40; Ramm JZ 66, S. 214 ff.; Rüthers wie Fn. 567; Scholz, BAG-Festschrift, S. 332; Wenzel, DB 81, S. 1135.

569 Vgl. dazu bereits die Hinweise oben 1. Kap. (S. 124) sowie eben unter b, (S. 227).

570 Vgl. etwa die diesbezüglichen Hinweise von Bobke, GewMH 83, S. 437 u. Seiter, JA 79, S. 338.

571 Zur Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung eines Arbeitskampfrechts auf gesetzlicher Grundlage deutlich v.a. Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 84 f.; vgl. auch Seiter, RdA 81, S. 70; indirekt auch BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Lts. 2. sowie unter C. 2. b, aa, d.G. (Schaffung eines funktionsfähigen TV-Systems). Zu den geringen Aussichten auf ein Zustandekommen eines Arbeitskampfgesetzes Seiter, FAZ v. 2.3.85, Nr. 52, S. 15.

Zum notwendigen Zusammenhang von TV- u. Arbeitskampfsystem Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 81 f.; ähnl. wohl auch Rüthers DB 70, S. 2121 sowie im einzelnen unten unter 2., d,.

572 So Reuß, AuR 71, S. 353; krit. zu diesem Satz Rüthers, Auslegung, S. 461 f.

den[573,574] u. haben aus einzelnen Entscheidungen im Laufe der Zeit ein mehr oder weniger geschlossenes System geschaffen.[575] Dieses System ist angesprochen, wenn heute vom "Arbeitskampfrecht" die Rede ist.

Da sich v.a. den neueren Entscheidungen des BAG auch Aussagen über eine mögliche verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfes entnehmen lassen[576], ist zu prüfen, ob diese Erkenntnisse hier unmittelbar, d.h. ohne Zwischenschaltung anderer, höherrangiger Rechtsquellen verwertet werden können. Dazu bedarf es m.E. der Klärung dreier elementarer Grundfragen.

---

573 So deutlich Rüthers, DB 70, S. 2120; auch Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 74 f. Z.T. wird in diesem Zusammenhang auch vom "Notgesetzgeber" gesprochen, vgl. Reuß, AuR 71, S. 353; ders., AuR 72, S. 142. Das geltende Arbeitskampfrecht kann daher als "Bundesarbeitsrichterrecht" bezeichnet werden, so Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 85; dazu auch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. III. 4. d.G. Zur Zuordnung des Richterrechts zum Arbeitskampfrecht zum Bundesrecht auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 64.

574 Gegen diese Untätigkeit des Gesetzgebers sind keine Rechtsbehelfe statthaft, vgl. z.B. Wank, Rechtsfortbildung, S. 238 m.w.N. in Fn. 35. Auch eine Appellentscheidung des BVerfG kommt nicht in Betracht, da es sich bei Art.9 Abs. 3 GG als möglicher verfassungsrechtlicher Grundlage des Arbeitskampfrechts um eine offene Verfassungsbestimmung handelt, vgl. Scholz, DB 72, S. 1775 u. daher dem unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht. Der im folgenden noch häufiger verwendete Begriff "unterverfassungsrechtlicher Gesetzgeber" bedeutet hier die Rechtssetzung unterhalb von Verfassungsgeber u. Verfassungsgesetzgeber durch den einfachen Gesetzgeber sowie die Rechtsprechung.

575 Zur Entstehung allgemeiner, für den Rechtsverkehr verbindlicher Regeln durch einzelne Gerichtsentscheidungen etwa Rüthers, Auslegung, S. 461. Zur Geschlossenheit der Arbeitskampfrechtsprechung insbes. des GS des BAG Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 77.

576 Vgl. insbes. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 1. u. 2. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 1. u. 2. d.G.; BAG v. 12.3.85, DB 85, S. 712; zust. Mayer-Maly, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 - 66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 6. Vgl. auch bereits ArbG Berlin v. 10.10.74, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 3. a, d.G., wo der Arbeitskampf aus der Koalitionsbetätigungsgarantie von Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet wird; zu diesem Zusammenhang näher unten unter 2., c, bb, bbb,.

Ist die Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht dem Richterrecht zuzuordnen?

Kann Richterrecht als Rechtsquelle angesehen werden?

Welchen Rang nimmt Richterrecht innerhalb des Stufenbaus der Rechtsquellen ein?

aa) Begriffsklärung "Richterrecht"

Der Begriff "Richterrecht" wird mit unterschiedlichem Bedeutungsinhalt verwendet.[577] Auch auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts kommt dem Richter zunächst die Aufgabe zu, unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen.[578] Darüberhinaus werden auch Tätigkeiten wie Feststellung u. Ausfüllung von Lücken sowie Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe u. Generalklauseln häufig anfallen.[579] Schließlich ergibt sich wegen des weitgehenden Fehlens gesetzlicher Regelungen auch die Notwendigkeit, in gesetzesfreien Räumen Recht zu setzen.[580,581] Grundsätzlich wird daher innerhalb des Arbeitskampfrechts von einem weiten Begriff des Richterrechts auszugehen sein, so daß die zur Klärung der hier an-

---

577 Vgl. dazu ausf. den Überblick bei Rüthers, Auslegung, S. 458 f.

578 Dies entspricht Fallgruppe d, bei Rüthers wie Fn. 577.

579 Vgl. hierzu Rüthers wie Fn. 577, S. 458 unter c,.

580 Vgl. Rüthers wie Fn. 577, S. 458, Fallgruppe b,; zur Notwendigkeit für den Richter in solchen Fällen Normen zu schaffen auch Pawlowski, Methodenlehre, S. 41; Säcker, Gruppenautonomie, S. 252; grundsätzlich, wenn auch krit. Richardi, Anm. zu BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 2.

581 Für diese Tätigkeit des Richters wird bisweilen auch der Begriff "Rechtsschöpfung" verwendet, vgl. z.B. Baring, Juristen-Jahrbuch Bd. 6, S. 48; Meyer-Cording, Rechtsnormen, S. 66 f. Rechtsschöpfung u. Rechtsfortbildung können aber im Richterrecht nicht voneinander getrennt werden, vielmehr umfaßt die Veränderung des geltenden Rechts immer beide Elemente, vgl. Schneider, Richterrecht, S. 43 Fn. 18; auch Esser, Grundsatz und Norm, S. 287; ähnl. Reuß, AuR 72, S. 142 (der dort das Begriffspaar Rechtsschöpfung - Rechtsanwendung heranzieht). Daher soll hier "Rechtsfortbildung" als Oberbegriff verwendet werden u. damit auch die Rechtsschöpfung i.S.v. Fallgruppe b, bei Rüthers, Auslegung, S. 458 eingeschlossen sein.

stehenden Fragen heranzuziehenden Entscheidungen[582] ohne Schwierigkeiten darunter gefaßt werden können.

bb) Richterrecht als Rechtsquelle

Wie sich aus mehreren einfachgesetzlichen Bestimmungen verschiedener Verfahrensordnungen ergibt[583], bestehen gegen die außergesetzliche Rechtsfortbildung durch die Gerichte keine grundsätzlichen Bedenken.[584] Auch eine Analyse der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte zeigt, daß neben der Erfassung der gesetzgeberischen Wertungen subsidiär auch die Fortbildung u. Ergänzung gesetzlicher Regelungen für erforderlich gehalten wird u. dem Selbstverständnis der Gerichte entspricht.[585] Damit kann aber der Rechtsquellencharakter von

---

582 Primär handelt es sich wegen des bereits angesprochenen weitgehenden Fehlens einfachgesetzlicher Normen um Entscheidungen, die der zuletzt aufgeführten Fallgruppe - Rechtssetzung in gesetzesfreien Räumen - zuzuordnen sind.

583 Im einzelnen §§ 137 GVG; 45 Abs. 2 S. 2 ArbGG; 43 SGG; 1 Abs. 4 VwGO; 11 Abs. 4 FGO, vgl. Rüthers, Auslegung, S. 457; Wank, Rechtsfortbildung, S. 117; unvollständig aber grundsätzlich wohl ebenso Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 37 u. S. 44.

584 So deutlich Reuß, AuR 72, S. 142; grundsätzlich auch Buchner, Gewerbebetrieb, S. 34; Heußner, FS für Hilger und Stumpf, S. 327; krit. o.V., HB v. 4./5.1.85, Nr. 3, S. 1 (Rechtsfortbildung als für den Richter sachfremde Aufgabe). Zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung BVerfG v. 19.10.83, BB 84, insbes. S. 143 (Überschreitung des Verfassungsgrundsatzes der Rechts- u. Gesetzesbindung - Art. 20 Abs. 3 GG - durch Einordnung von Sozialplanabfindungen im Konkurs vor § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO durch das BAG).

585 Vgl. BVerfG v. 17.12.53, BVerfGE 3, S. 197 f.; BVerfG v. 18.12.53, BVerfGE 3, S. 242; BVerfG v. 23.10.58, BVerfGE 8, S. 220 f.; BVerfG v. 14.2.73, BVerfGE 34, S. 287 ff.; BGH v. 23.5.51, BGHZ 2, S. 184; BGH v. 30.10.51, BGHZ 3, S. 315 f.; BGH v. 1.4.53, BGHZ 9, S. 164; BGH v. 14.7.53, BGHZ 10, S. 269; BGH v. 6.9.53, BGHZ 11, Anhang, S. 51 f.; BGH v 31.5.54, BGHZ 13, S. 367; BAG v. 9.10.56, BAGE 3, S. 161; zurückhaltender noch BAG v. 27.1.55, BAGE 1, S. 279 f. (Änderung bestehender Gesetze überschreitet im Gegensatz zur Auslegung die richterlichen Befugnisse). Zu den Grundsätzen der Rechtsfortbildung des BAG auch die Übersicht bei Reinicke, G./Reinicke, D., NJW 55, S. 1662 ff. Zur grundsätzlichen Anerkennung der Kompetenz zur Schaffung von Richterrecht durch das BVerfG auch Heußner, FS für Hilger und Stumpf, S. 327.

Richterrecht noch nicht ohne weiteres bejaht werden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß lediglich zwei Erscheinungsformen des objektiven Rechts von der h.L. als Rechtsquellen anerkannt werden[586], nämlich staatliche Gesetze[587] u. Gewohnheitsrecht.[588,589]

Für die Zuordnung gerichtlicher Entscheidungen zu Gesetzen wäre entweder die Existenz entsprechender kompetenzieller Ermächtigungsnormen oder zumindest das Vorliegen abstrakt-genereller Regelungen Vor.[590] Eine derartige Ermächtigung im hier interessierenden Zusammenhang stellt § 31 Abs. 2 BVerfGG dar, wonach bestimmten Entscheidungen des BVerfG ausdrücklich Gesetzeskraft zukommt. Eine entsprechende Vorschrift zugunsten der Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit existiert nicht.[591] Da es sich bei den Äußerungen dieser Gerichte um Einzelfallentscheidungen u. damit um konkret-individuelles sachverhaltsorientiertes Recht handelt[592], kann auch über die zweite der

586 Vgl. etwa Enneccerus/Nipperdey, BGB AT I, S. 206 ff.; Lange/Köhler, BGB AT, S. 40; Lehmann/Hübner, BGB AT, S. 14; Radbruch, Einführung, S. 47 f.

587 Ob darunter auch die sog. Gesetze im nur materiellen Sinne - VO u. Satzungen - fallen, ist zumindest für Satzungen str.; abl. Larenz, BGB AT, S. 7 f.; a.A. Baur, Einführung in das Recht, S. 8.

588 Zur Entstehung von Gewohnheitsrecht müssen zwei Vor. vorliegen, der Wille der Rechtsgemeinschaft zu seiner Anerkennung sowie eine langjährige Übung, vgl. etwa Weireter, Sozialadäquanz, S. 35.

589 Zum Verhältnis zwischen Gesetzes- u. Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung etwa Lange/Köhler wie Fn. 586; Larenz wie Fn. 587, S. 8 ff.

590 Vgl. Scholz, DB 72, S. 1776.

591 Ohne hier dem Satz "Ausnahmevorschriften sind keiner Analogie fähig" das Wort reden zu wollen - zur Problematik dieses Satzes Canaris, Feststellung von Lücken, S. 181 f. mit beispielhaftem Hinweis auf §§ 844, 845 BGB sowie m.w.N. -, ist davon auszugehen, daß eine entsprechende Anwendung von § 31 Abs. 1 BVerfGG im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht kommt, da zwischen einfacher Gerichtsbarkeit u. Verfassungsgerichtsbarkeit grundlegende Unterschiede bestehen (Scholz, Grundgesetz I, S. 91 spricht sogar von einem Gegensatz zwischen beiden Gerichtsbarkeiten). Im Ergebnis wie hier Scholz, DB 72, S. 1776.

592 Vgl. Richardi, Anm. zu BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 2.; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 75; Wank, Rechtsfortbildung, S. 85 f. u. S. 113 f.; wohl auch Heußner, FS für Hilger und Stumpf, S. 324 f.

oben genannten Vor. keine Zuordnung zum Gesetz begründet werden.

Gegen die Anerkennung von Richterrecht zum Arbeitskampfrecht als Gewohnheitsrecht bestehen ebenfalls Bedenken. Zwar ist grundsätzlich anerkannt, daß sich ein Gerichtsgebrauch[593] zu Gewohnheitsrecht verfestigen kann;[594] Vor. hierfür ist jedoch eine ständige Rechtsprechung.[595] Diese Vor. ist nur erfüllt, wenn sich eine bestimmte höchstrichterliche Rechtsprechung bei den Instanzgerichten durchgesetzt hat u. die von der Rechtsprechung betroffenen Kreise darauf vertrauen, daß auch künftig gleichgelagerte Fälle wie bisher entschieden werden.[596] Wie jedoch insbes. die Diskussion um ein mögliches richterliches Verbot der Aussperrung gezeigt hat[597], bestehen erhebliche Zweifel im Hinblick auf eine ständige BAG-Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht.[598] Ferner ist darauf hinzuweisen, daß es das BAG selbst

---

593 Unter "Gerichtsgebrauch" ist allgemein die gleichmäßige Rechtsanwendung durch die Gerichte eines Gebietes zu verstehen, vgl. statt vieler Enneccerus/Nipperdey, BGB AT I, S. 275 f. In diesem Zusammenhang hat v.a. die ständige Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte (Art. 95 Abs. 1 GG) Bedeutung, so zutr. Larenz, BGB AT, S. 9.

594 Vgl. Rüthers, Auslegung, S. 464 m.w.N. in Fn. 36.

595 Vgl. Rüthers wie Fn. 594.

596 Vgl. Enneccerus/Nipperdey, BGB AT I, S. 267 f.; Rüthers wie Fn. 594, S. 464 f.

597 Gemeint ist die durch die Arbeitskämpfe in der Druck- u. Metallindustrie 1978 ausgelösten, von den Gewerkschaften mit dem Ziel eines richterlichen Verbotes der Aussperrung inszenierten Massenklagen, die zu den Urteilen des BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 - 67 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" führten.

598 Hier sei nur auf zwei Faktoren hingewiesen: die zahlreichen vom Beschluß des GS des BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" abweichenden instanzgerichtlichen Entscheidungen, dazu näher Seiter, NJW 80, S. 905 f. sowie die Kritik an den Urteilen des BAG v. 10.6.80 durch das LAG Hamm v. 9.12.82, DB 83, S. 558 ff. Ferner das massive Unbehagen der Gewerkschaften v.a. an der neueren Rechtsprechung des 1. Senats des BAG, das sogar in einigen Fällen zur Rücknahme bereits eingelegter Rechtsmittel führte, was damit begründet wurde, das BAG würde seine angeblich gewerkschaftsfeindliche Rechtsprechung noch weiter ausbauen, vgl. dazu etwa o.V., HB v. 16.12.82, Nr. 241, S. 1 (Rücknahme einer Rechtsbeschwerde zur "kalten Aussperrung"); Mundorf, HB v. 16.12.82, Nr. 241, S. 2; ders., HB v. 22.12.82, Nr. 245, S. 3; o.V., HB v. 5.1.83, Nr. 3, S. 3 (Stellungnahme des BAG zur Kritik der IG Metall).

deutlich abgelehnt hat, seine diesbezügliche Rechtsprechung als Gewohnheitsrecht u. die dabei entwickelten Grundsätze als Normen i.S. von gesetzlichen Regelungen zu bezeichnen.[599]

Sprechen die gerade vorgetragenen Erwägungen gegen die Anerkennung des vom BAG gesetzten Richterrechts als Rechtsquelle - u. damit auch gegen die Möglichkeit einer Einordnung in die Rangordnung der Rechtsquellen[600] -, so ist andererseits allgemein anerkannt, daß richterrechtliche Normen faktisch wie entsprechende gesetzliche Regelungen gelten.[601] Auch wird z.T. darauf hingewiesen, daß die normative Kraft insbes. letztinstanzlicher Entscheidungen auf die Autorität des jeweiligen Gerichts zurückzuführen sei u. es daher keiner gewohnheitsrechtlichen Argumentation bedürfe.[602] Auch die z.T. gegen eine Anerkennung von Richterrecht als Rechtsquelle geäußerten Bedenken im Hinblick auf eine mögliche Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips[603] vermögen nicht zu überzeugen, da das Richterrecht sowohl gemäß Art. 20

---

599 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 4. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 4. d.G.; zust. Mayer-Maly, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 - 66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 6 R.; Seiter, RdA 81, S. 71.

600 Vgl. aber den Ansatzpunkt von Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 45, der trotz Ablehnung des selbständigen Rechtsquellencharakters von Richterrecht eine Rangordnung zwischen Gesetz u. Richterrecht aufstellt.

601 Vgl. Adomeit wie Fn. 600; Rüthers, Auslegung, S. 471 m.w.N. in Fn. 77; Scholz, DB 72, S. 1777; vgl. auch BVerfG v. 24.1.62, BVerfGE 13, S. 328 (normähnlicher Charakter im Wege schöpferischer Interpretation entwickelter Rechtsgrundsätze); BGH v. 29.1.57, BGHZ 23, S. 189 (faktische Geltung eines langjährigen Gerichtsgebrauches, der Billigung des Gesetzgebers gefunden hat).

602 Vgl. Rüthers, Auslegung, S.466.

603 So z.B. Baring, Juristen-Jahrbuch Bd. 6, S. 48; Forsthoff, DÖV 59, S. 43 f.; vgl. auch die Nachw. bei Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S. 12 Fn. 48; abl. BVerfG v. 18.12.53, BVerfGE 3, S. 247 f.; BVerfG v. 29.1.69, BVerfGE 25, S. 181; BGH v.6.9.53, BGHZ 11, Anhang, S. 51; Buchner, Gewerbebetrieb, S. 44; Bydlinski, JZ 85, S. 152; Göldner, Verfassungsprinzip, S. 158 ff. sowie deutlich S. 167; Scholz, DB 72, S. 1777.

Abs. 3 GG an Gesetz u. Recht[604] als auch gem. Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar an die Grundrechte des GG gebunden ist[605,606] u. der Vorrang des Gesetzgebers auch von der Rechtsprechung anerkannt wird.[607] Daher besteht im Vergleich zur Gesetzgebung, die im Rahmen von Art. 20 Abs. 3 GG nur an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist, nur ein eingeschränkter Gestaltungsspielraum[608] u. keine Gefahr, daß Richterrecht zur Verdrängung des Gesetzgebers durch die richterliche Gewalt führen könnte.[609]

M.E. ist es daher letztlich lediglich eine terminologische u. damit wenig fruchtbare Streitfrage, ob man Richterrecht als selbständige

---

604 Zum Inhalt der Formel "Gesetz und Recht" näher Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3, Rdnr. 49 ff.; Wank, Rechtsfortbildung, S. 88 f.; Wernicke in Bonner Kommentar, Art. 20, Rdnr. 3 e,. "Gesetz" u. "Recht" sind dabei nicht deckungsgleich, vgl. BVerfG v. 14.2.73, BVerfGE 34, S. 286 f.; Heußner, FS für Hilger und Stumpf, S. 318.

605 Auf die insoweit notwendige Diff. innerhalb der einzelnen Gerichtszweige kann hier nicht eingegangen werden, dazu etwa Schneider, Richterrecht, S. 35 ff.

606 Zum engen Zusammenhang zwischen Gewaltenteilungs- (Art. 20. Abs. 2 GG) u. Gesetzmäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) im übrigen Göldner, Verfassungsprinzip, S. 154.

607 Vgl. statt vieler BGH v. 6.9.53, BGHZ 11, Anhang, S. 51.

608 Vgl. etwa BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 4. d.G.; Pawlowski, Methodenlehre, S. 39. Vgl. auch Heußner, FS für Hilger und Stumpf, S. 319, der von einer Hilfsfunktion des Richterrechts spricht; ähnl. neuerdings Bydlinski, JZ 85, S. 153 (Richterrecht als gegenüber dem Gesetzesrecht subsidiäre Rechtsquelle).

609 Art. 20 Abs. 3 GG ordnet unstr. jedenfalls den Vorrang des Gesetzes auch vor dem Richterrecht an, vgl. statt vieler Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3, Rdnr. 34 f. Wegen des oben (S. 231) bereits angesprochenen weitgehenden Fehlens gesetzlicher Regelungen kann allerdings Art. 20 Abs. 3 GG m.E. im Arbeitskampfrecht ohnehin nur untergeordnete Bedeutung haben; primär wird die Rechtsprechung insoweit Art. 1 Abs. 3 GG zu beachten haben. Vgl. auch Säcker, Gruppenautonomie, S. 252, wonach der Richter im Arbeitskampfrecht verfassungskonkretisierende Normen aufzustellen haben soll; krit. zu dieser Funktion der Rechtsprechung Otto, Gutachten, S. 65 f. (unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG).

Rechtsquelle[610] oder als unselbständige Rechtsanwendung[611] anerkennt[612], da ihr jedenfalls faktisch die Wirkung einer Rechtsquelle zukommt.[613]

cc) Stellung des Richterrechts in der Hierarchie der Rechtsquellen

Die zuletzt angestellten Überlegungen führen gleichzeitig zur Beantwortung der Frage nach der Einordnung des Richterrechts in die Hierarchie der Rechtsquellen. Unabh. davon, wie man zu der vom BAG[614] z.T. verwendeten Formulierung vom "gesetzesvertretenden Richterrecht" steht[615], kann Richterrecht wegen Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG nur den Rang nach dem GG u. dem einfachen Gesetzesrecht beanspruchen.[616] Daraus folgt aber, daß das Richterrecht zum Arbeitskampfrecht für die

---

610 So z.B. Buchner, Gewerbebetrieb, S. 43 (Befugnis zur richterlichen Rechtsfindung muß weder auf Gesetz noch auf Gewohnheitsrecht gestützt werden); Coing, Rechtsphilosophie, S. 341; Esser Grundsatz und Norm, S. 139; Kruse, Richterrecht als Rechtsquelle, S. 20; abl. Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 45.

611 So etwa Scholz, DB 72, S. 1717; wohl auch Corts, RdA 84, S. 375 Fn. 1.

612 Ähnl. wie hier wohl Rüthers, Auslegung, S. 472, der den Streit um den Rechtsquellencharakter des Richterrechts als "Formulierungs- und Konstruktionskontroverse" bezeichnet.

613 Dazu bereits oben (S. 237 u. Fn. 601).

614 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III. F. d.G.

615 In den Urteilen v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 4. d.G. sowie AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 4. d.G. hat das BAG klargestellt, daß dieser Begriff nicht so verstanden werden dürfe, als ob der Richter Normen i.S.v. Gesetzen setzen könne; zust. Konzen/Scholz, DB 80, S. 1595 f.; Mayer-Maly, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 - 66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 6 R.; Seiter, RdA 81, S. 71.

616 Damit im Einklang steht die überwiegende Ablehnung der These, daß Richterrecht die Rechtsfolgen des Art. 31 GG auslöse, da als Bundesrecht i.S. dieser Vorschrift nur mindestens einfaches Gesetzesrecht verstanden wird, vgl. Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 49 ff.; Reimann, DVBl 69, S. 952 f.; Scholz, RdA 70, S. 213; a.A. offenbar Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 64.

eingangs hier gestellten Fragen jedenfalls a priori nicht herangezogen werden kann.[617] Da im Arbeitskampfrecht aufgrund weitgehendem Fehlen einfachgesetzlicher Vorschriften somit den Bestimmungen des GG, insbes. den Grundrechten, besondere Bedeutung als Schranke für die richterliche Rechtsfortbildung zukommt[618,619], ist es erforderlich, die Einstellung des GG selbst zum Arbeitskampf (recht) zu untersuchen u. daraus Ansatzpunkte für die Lösung der beiden aufgeworfenen Grundlagenprobleme zu gewinnen.[620]

Das GG muß ferner auch deshalb im folgenden in den Mittelpunkt der Überlegungen gerückt werden, da sich aus der bisherigen Untersuchung verschiedener Rechtsgrundlagen sowohl im Hinblick auf schuldrechtliche Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen als auch hinsichtlich der Stel-

---

617 Dies gilt für beide zu beantwortenden Fragen: Aussagen über Auswirkungen arbeitskampfrechtlicher Wertungen für die privatrechtliche Haftung liegen bisher überhaupt nicht vor; Aussagen zu einer möglichen Gewährleistung des Arbeitskampfes sind sehr zurückhaltend formuliert worden. Einerseits wird die Kampfparität zwischen Art. 9 Abs. 3 GG u. die Tarifautonomie sowie zwischen die prinzipielle Anerkennung der Zulässigkeit von Streik u. Aussperrung geschaltet, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. IV. d.G.; Seiter, RdA 81, S. 67. Andererseits wird auch das TVG, ein einfaches Gesetz, zur Begründung für die Anerkennung von Streik u. Aussperrung herangezogen, vgl. den Hinweis bei Seiter, RdA 81, S. 71; wohl auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 65. Zur Zurückhaltung des BAG, die Zulässigkeit von Streik u. Aussperrung unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG zu begründen auch Otto, RdA 81, S. 288 f.

618 Vgl. den Hinweis oben in Fn. 609; wie hier Säcker, Gruppenautonomie, S. 252; auch Schwabe, Anm. zu BVerfG v. 11.10.78, DVBl 79, S. 668. Daher kann es hier dahingestellt bleiben, ob die Bindung an die Grundrechte der Bindung an Gesetz u. Recht vorgeht (dazu näher Wank, Rechtsfortbildung, S. 99), da einfachgesetzliche Regelungen für die Lösung der an dieser Stelle im Blickpunkt stehenden Probleme nichts hergeben (dazu bereits die Hinweise oben unter b, S. 228).

619 Es ist daher zu untersuchen, ob insbes. die neuere Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampfrecht mit den Grundrechten in Einklang steht. Dabei kommt v.a. Art. 9 Abs. 3 GG zentrale Bedeutung zu, so zutr. Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 77 f.

620 Dabei wird auf die These zurückgegriffen, normativ vertretbare Lösungen von arbeitskampfrechtlichen Problemen müßten nahezu ausschließlich aus dem Verfassungsrecht gewonnen werden, vgl. dazu Kempen, AuR 84, S. 226.

lung des Arbeitskampfes in der Rangordnung der Rechtsquellen nur einige wenige Anhaltspunkte ergeben haben, die allein nicht als tragfähig angesehen werden können. Wie sich v.a. bei der Behandlung der Notstandsklausel gezeigt hat[621], müssen dazu andere Vorschriften des GG, die keinen ausdrücklichen Hinweis auf den Arbeitskampf bzw. das Arbeitskampfrecht enthalten, einer näheren Prüfung unterzogen werden. Die eingangs gestellten Fragen sind somit auf die Stellung des Arbeitskampfes im GG sowie die daraus für die privatrechtliche Haftung sich ergebenden Folgen zu reduzieren.[622] Da das Problem der verfassungsrechtlichen Verankerung des Arbeitskampfrechts auch heute noch als insgesamt nur ansatzweise geklärt angesehen werden kann[623], ist eine nähere Beschäftigung auch mit verfassungsrechtlichen Grundlagen sowie z.T. mit historischen Entwicklungslinien unumgänglich.

2. Arbeitskampfrecht und Grundgesetz

a) Terminologische Grundlagen

Besonders oberflächlich wird v.a. im Schrifttum mit dem hier an erster Stelle zu behandelnden Begriffspaar Arbeitskampffreiheit - Recht auf kampfweise Betätigung[624] umgegangen.[625] Weitgehend Einigkeit be-

---

621 Vgl. dazu den Hinweis oben unter b, (S. 226).

622 Dazu der vergleichbare Ansatzpunkt von Krejci, Aussperrung, S. 30; im Gegensatz zu hier stehen bei Krejci aber die arbeitsvertraglichen Auswirkungen von Aussperrungen im Blickpunkt.

623 So erst kürzlich noch Germelmann, Streikrecht, S. 23; neuere Erkenntnisse, die zu einer anderen Beurteilung führen könnten, liegen bisher nicht vor.

624 Dieser Aspekt ist bisher in erster Linie für den Streik unter dem Begriff "Streikrecht" untersucht worden, vgl. etwa ArbG Berlin v. 10.10.74, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 2. d.G.; Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter Vorbem.; Lohse, Staatsnotstand, S. 47 ff.; Ramm, AuR 67, S. 100 ff.; ders., AuR 71, S. 71; Säcker BB 71, S. 962; in anderem Zusammenhang auch Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG, unter 2. d,. Da in der hier vorzunehmenden Untersuchung jedoch auch die Aussperrung als wichtigstes Kampfmittel der AG einbezogen werden muß, müßte folglich von "Arbeitskampfrecht" als Oberbegriff für Streik- u. Aussperrungsrecht gesprochen werden. Da dieser Begriff jedoch oben bereits mehrfach zur Bezeichnung des entsprechenden Teilsrechtsgebietes verwendet wurde, wird im folgenden von Garan-

steht nur insoweit, als beide Begriffe nicht inhaltsgleich sein sollen.[626]

Unter "Arbeitskampffreiheit" soll hier verstanden werden, daß der Arbeitskampf mit seinen Erscheinungsformen Streik, Aussperrung u. Boykott einerseits weder strafrechtlich noch privatrechtlich verboten[627,628], auf der anderen Seite aber nicht i.S. einer Gewährlei-

---

tie bzw. Gewährleistung des Arbeitskampfes die Rede sein bzw. als Synonym hierzu der Terminus "Recht auf kampfweise Betätigung" eingeführt, um Mißverständnisse zu vermeiden. Wie hier Seiter, Streikrecht, S. 83; anders etwa Däubler, Streik, S. 79, der die Begriffe "Streikfreiheit" u. "Streikrecht" synonym verwendet. Mit dieser Terminologie ist noch keine Entscheidung über die relevanten Folgen dieses Rechts gefallen, insbes. im Hinblick auf seine verfassungsrechtliche Ausgestaltung sowie bezüglich privatrechtlicher Auswirkungen.

625 Vgl. insbes. die konfuse Verwendung dieser Begriffe bei Brodmann, Arbeitskampf, S. 37 ff., insbes. S. 59 f., wo unmittelbar nacheinander zuerst von Arbeitskampfgarantie u. danach von Arbeitskampffreiheit die Rede ist, obwohl inhaltlich kein Unterschied ersichtlich ist; ähnl. unsauber auch Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 30 f. Zur unklaren Begriffsverwendung auch Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 107.

626 Vgl. den entsprechenden Hinweis von Ramm, AuR 67, S. 100. Zur zutr. Diff. auch Adams, Streik, S. 96; Fabricius, FS für Gleitze, S. 464; Hessel, RdA 52, S. 48; Hueck, RdA 68, S. 431; Krejci, Aussperrung, S. 38; Lerche, Zentralfragen, S. 91; Lohse, Staatsnotstand, S. 47; beiläufig auch Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 84. Unrichtig Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 916 Fn. 36 k, wo behauptet wird, es bestehe kein inhaltlicher Unterschied zwischen Arbeitskampffreiheit u. (subjektivem) Arbeitskampfrecht; ebenso wohl auch Galperin, BB 65, S. 95.

627 So bereits Bühler, ArbR 23, S. 565; ferner Benda, der ag 67, S. 387; Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter Vorbem.; ders., FS für Nipperdey 1965, S. 94; Dietz, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 106; Hessel, RdA 52, S. 48; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 104; Richardi, FS für Strasser, S. 451; Weireter, Sozialadäquanz, S. 51; ähnl. auch Richardi, RdA 66, S. 247; wohl auch Lohse, Staatsnotstand, S. 47; abw. ArbG Berlin v. 10.10.74, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 2. d.G, wo darunter die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes bezogen auf verschiedene Teilrechtsgebiete verstanden wird.

628 D.h. Arbeitskämpfe als solche sind weder strafbare noch unerlaubte Handlungen i.S.v. §§ 823 ff. BGB, vgl. Seiter, Streikrecht, S. 57 f.; ähnl. auch Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter I. 1. u. 3.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II 6. Aufl., S. 615. In öffentlichrechtlicher Hinsicht ist die Arbeitskampffreiheit für

stung bzw. Garantie (verfassungsrechtlich) geschützt ist.[629] Diese eben geschilderte rechtliche Beurteilung bestand bereits seit 1869 innerhalb des deutschen Rechtskreises[630] u. war auch im Zeitraum der Geltung der WRV anerkannt.[631] Insbes. unter Bezugnahme auf das Bekenntnis zum sozialen Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG)[632] sowie auf die vom Verfassungsgeber vorgefundene Ordnung[633], wird die Respektierung der Arbeitskampffreiheit durch das GG auch nach 1949 einhellig bejaht. Sie wird überwiegend aus der allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleitet u. damit dem Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG unter-

---

den Grundsatz der staatlichen Neutralität gegenüber Arbeitskampfmaßnahmen von Bedeutung, vgl. dazu etwa Forsthoff in Forsthoff, Hueck, Rechtsgutachten, S. 13; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 110 f.

629 Vgl. Benda, Notstandsverfassung, S. 10 u. S. 12 f.; Brodmann, Arbeitskampf, S. 37; Bulla wie Fn. 628, unter II. 2.; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 463; ders., in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 106; Hamann, GG, Art. 9, Anm. 7. a,; wohl auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 393. Vgl. auch den zutr. Hinweis von Lerche, Zentralfragen, S. 43 auf unzulässige Gleichsetzung von "Freiheit" u. "Recht".

630 Vgl. § 152 Abs. 1 GewO (GewO v. 21.6.1869).

631 Vgl. Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 165 (keine Verfassungsgarantie der Koalitionsmittel durch Art. 159 WRV); Niese, Streik, S. 2 (Schutz der Vereinigungs-, nicht der Koalitionsfreiheit durch Art. 159 WRV); Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 103; Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 4; Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 83; Seiter, Streikrecht, S. 61 f.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 81; wohl auch Anschütz, WRV, Art. 159, Anm. 5. Zur Stellung des Arbeitskampfes in der WRV ausf. Seiter, Streikrecht, S. 58 ff. m.w.N.

632 Vgl. Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II C, unter I.; Söllner, wie Fn. 631; vgl. auch den grundsätzlichen Hinweis des BVerfG v. 30.11.65, BVerfGE 19, S. 319 auf Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG.

633 Vgl. z.B. Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter Vorbem.; ders., AR-Blattei, D, Arbeitskampf II C, unter I.; dazu auch BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter B. d.G., wo auf die Bedeutung des vom Verfassungsgeber vorgefundenen Rechtszustandes für die Auslegung des GG hingewiesen wird.

stellt.[634,635] Diese Freiheit besteht aber nur nach Maßgabe allge-

---

634 Vgl. etwa LAG Stuttgart v. 28.3.52, AP 52 Nr. 162, unter IV. 2. a, d.G.; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 463; ders., JuS 68, S. 4; Galperin, BB 65, S. 95; Löffler, NJW 62, S. 1601 f.; ders., NJW 77, S. 2061; Weber, FS für OLG Celle, S. 245; Weireter, Sozialadäquanz, S. 53 f.; wohl auch Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II C, unter I.; ders., Anm. zu BAG v. 19.1.62, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II, Entscheidungen 3, unter III. 4. Dazu auch Isensee, Beamtenstreik, S. 20 sowie die Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 65 Fn. 54. A.A. Erdsiek, NJW 59, S. 2198 u. Söllner, Arbeitsrecht, S. 81, die die Arbeitskampffreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG ableiten wollen. Eine dritte Auffassung will zur Begründung eine Kombination verschiedener Rechtsgrundlagen und -prinzipien heranziehen: die vom GG vorgefundene historische Entwicklung, die freiheitliche soziale u. rechtstaatliche Grundordnung (Art. 18, 20, 21, 28 GG), einzelne Grundrechte (Art. 2 Abs. 1 bzw. 9 Abs. 3 GG), der Gesamtzusammenhang der Wirtschafts- u. Sozialverfassung sowie einzelne Normen des einfachen Gesetzesrechts, vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 1. d.G.; BAG v. 4.5.55, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 2; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II 6. Aufl., S. 615; Isele, JuS 64, S. 42; Promberger, Arbeitskampf, S. 14 f.; wohl auch Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 43 f.; Däubler, ZfA 73, S. 218; vgl. auch den Hinweis bei Hoffmann, AöR 91, S. 170.

Bereits dieser kurze Überblick zeigt, daß die jeweils zur Begründung herangezogenen Rechtsgrundlagen allein noch keine zuverlässigen Aussagen über den Umfang eines verfassungsrechtlichen Schutzes des Arbeitskampfes zulassen; dieser muß vielmehr unabh. davon ermittelt werden. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Hinweis bei Richardi, RdA 70, S. 65 Fn. 5, wonach die Arbeitskampffreiheit verfassungsrechtlich anerkannt wird, die konkrete Rechtsgrundlage aber str. ist.

635 Z.T. wird bestritten, daß die Arbeitskampffreiheit überhaupt unter dem Schutz der Verfassung steht, vielmehr soll sie nur auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts anzuerkennen sein, so wohl Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 197. Vgl. auch die Hinweise bei Mayer-Maly, BB 67, S. 1127; von Münch, Jura 79, S. 30; Raiser, Aussperrung, S. 20; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 30; Tettinger, Jura 81, S. 6; wohl auch Lerche, Zentralfragen, S. 91. Wie eine Überprüfung der dort angegebenen Nachw. zeigt, beruht diese Auffassung offensichtlich auf der unzutr. Interpretation der dort verwendeten Begriffe, sofern die Hinweise der oben Zitierten überhaupt zutreffen. Selbst wenn man die Äußerungen von Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 392 in dieser Weise interpretieren würde - keine verfassungsrechtliche Garantie der Streikfreiheit -, würden gegenüber den Vertretern derjenigen Auffassung, die sich auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen, im Ergebnis wohl allenfalls graduelle Unterschiede bestehen, da die Schrankentrias (Art. 2 Abs. 1 2. HS.GG) ohnehin weitreichende Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit deckt, vgl. etwa Isensee, Beamtenstreik, S. 20. Wie hier auch Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 42. Im übrigen erledigt sich die Ungereimtheit wohl

gemeiner gesetzlicher u. vertraglicher Beschränkungen.[636] Gesetzliche Einschränkungen sind auch aufgrund einfacher Gesetze möglich.[637] Dabei wird dem Gesetzgeber ein weiter Dispositionsspielraum zugestanden[638], der seine Grenze nur an einem völligen undifferenzierten Verbot des Arbeitskampfes finden soll.[639] Die vertraglichen Beschränkungen der Arbeitskampffreiheit sind bisher primär im Hinblick auf die sich aus Arbeitsverträgen ergebenden Bindungen Gegenstand des Interesses gewesen.[640] Die bis 1955[641] herrschende individualrechtliche Betrachtungsweise des Arbeitskampfes wurde bekanntlich u.a. damit begründet, daß die arbeitsvertraglichen Pflichten (§ 611 Abs. 1 BGB) sowohl Streiks als auch Aussperrungen entgegenstünden; diese Kampfmaßnahmen wären vielmehr erst nach Kündigung der Arbeitsverträge u. Ablauf der jeweiligen Kündigungsfristen als zulässig anzusehen. Diese Sichtweise wäre auch heute ohne weiteres mit dem Inhalt von Art. 2 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen u. daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

---

durch den Hinweis, daß die allgemeine Handlungsfreiheit in der WRV noch nicht mit Verfassungsrang ausgestaltet war, so daß diese nur auf der Ebene des einfachen Gesetzes verankert werden konnte (vgl. Art. 114 WRV, der als Vorläufer von Art. 2 GG anzusehen ist).

636 Vgl. Arras, NJW 53, S. 241; Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter Vorbem.; ders., RdA 62, S. 8 f.; Dietz, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 106 u. S. 107 ff.; Erdsiek, NJW 59, S. 2198; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 104.

637 Vgl. Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter II. 2.; Nikisch wie Fn. 636; zur WRV auch Anschütz, WRV, Art. 159, Anm. 6.

638 Für die oben Fn. 634 nachgewiesene vorherrschende Meinung folgt dies ohne weiteres aus Art. 2 Abs. 1 2. HS.GG. Auf die sich bei den insoweit abw. Auffassungen ergebenden Begründungsschwierigkeiten braucht an dieser Stelle nicht eingegangen zu werden.

639 Vgl. etwa Bulla wie Fn. 637, unter Vorbem.; Dietz, JuS 68, S. 4; Nikisch wie Fn. 636, S. 104 ff., insbes. S. 106; im Ergebnis auch Ballerstedt, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 86 f.; a.A. Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG, unter 2. d, d.G., der auch gegen ein völliges Verbot keine Bedenken hat.

640 Dazu bereits ausf. oben § 1 (S. 132 f.).

641 In diesem Jahr leitete das BAG den Abschied von dieser Sichtweise des Arbeitskampfes ein, vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. u. 2.

Demgegenüber ist unter dem "Recht auf kampfweise Betätigung" in der Form eines Streik- bzw. Aussperrungsrechts[642] zu verstehen, daß diese Rechte auf der Ebene der Verfassung nicht nur anerkannt, sondern gewährleistet bzw. garantiert werden.[643] Gewährleistung bzw. Garantie bedeutet dabei sowohl Schutz durch die staatliche Gemeinschaft[644] als auch Grenze für staatliches Handeln.[645] Dies darf zwar nicht so aufgefaßt werden, als sei es dem einfachen Gesetzgeber untersagt, etwa die Ausübung des Arbeitskampfes selbst näher zu regeln[646], im Vergleich zur Arbeitskampffreiheit ist der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum jedoch von vornherein wesentlich enger. Grundsätzlich bedarf es eines - einfachen oder qualifizierten - Gesetzesvorbehalts[647] in der jeweiligen Verfassungsnorm; zusätzlich ergibt sich durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[648] eine Schranke für den einfachen Ge-

---

642 Ob man auch nach den Aussperrungsurteilen des BAG v. 10.6.80 die Aussperrung verfassungsrechtlich in gleicher Weise wie den Streik verankert sieht oder ob der vom BAG verwendete Begriff "Aussperrungsbefugnis" zu einer anderen Deutung Anlaß gibt, braucht hier nicht entschieden zu werden, vgl. dazu näher Seiter, RdA 81, S. 67. Hier kann unter Hinweis auf den Wortlaut der oben unter 1. (S. 223 ff.) bereits behandelten Notstandsklausel davon ausgegangen werden, daß nicht nur Streiks als Kampfmittel der AN-Seite privilegiert sein sollen; auch in dieser Beziehung kommt Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG Indizwirkung zu, vgl. Krejci, Aussperrung, S. 37. Das BAG hat im übrigen auch in seiner aktuellen Rechtsprechung an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Aussperrung festgehalten, vgl. BAG v. 12.3.85, DB 85, S. 712.

643 So deutlich von Münch, Jura 79, S. 30; in diesem Sinne wohl auch Krejci Aussperrung, S. 38: ..."Arbeitskampffreiheit oder **gar ein Recht auf Arbeitskämpfe**" ... (Fettdruck v. Verf.).

644 So etwa BVerwG v. 15.12.53, NJW 54, S. 525.

645 Vgl. z.B. Scholz, Grundgesetz I, S. 30; ähnl. auch Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 45; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 16. Der Begriff "Grundrechte" ist in diesem Zusammenhang untechnisch zu verstehen, so daß auch Einrichtungsgarantien darunter fallen; dazu näher etwa Bleckmann wie oben, S. 41 f.

646 So zutr. Frowein, Gewährleistung der Aussperrrung, S. 34.

647 Vgl. näher von Münch wie Fn. 645, Rdnr. 54.

648 Gemeint ist hier der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; zum Begriffsinhalt näher Krejci, Aussperrung, S. 90 ff.; Lerche, Verfassungsrecht, S. 26 ff. sowie unten unter f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

setzgeber.[649] Beim Fehlen eines Gesetzesvorbehalts sind die jeweiligen immanenten Schranken einer Grundrechtsbestimmung zu beachten[650], die wiederum von der Verfassung selbst bestimmt werden.[651,652] Soweit man auf Bundesebene ein Recht auf kampfweise Betätigung i.S. einer Gewährleistung anerkennt, wird heute ganz überwiegend Art. 9 Abs. 3 GG als Rechtsgrundlage für dieses Recht herangezogen.[653]

Eine Gewährleistung des Arbeitskampfes im gerade skizzierten Sinne kann verfassungsrechtlich unterschiedlich ausgestaltet sein, nämlich

---

649 Vgl. von Münch wie Fn. 645, Rdnr. 55.

650 Dazu näher etwa von Pollern, JuS 77, S. 644 ff. m.w.N. sowie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG unten unter f,.

651 So deutlich BVerfG v. 26.5.70, BVerfGE 28, S. 260 f. (Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG); BVerfG v. 24.2.71, BVerfGE 30, S. 193 (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG); BVerfG v. 19.10.71, BVerfGE 32, S. 108 (Art. 4 Abs. 1 GG).

652 Eine Konsequenz dieser Grundsätze besteht darin, daß diejenigen Bestimmungen der Verfassungen derjenigen Bundesländer, die ein Streikrecht vorbehaltlos gewährleisten (Art. 18 Abs. 3 der Verfassung von Berlin; Art. 51 Abs. 3 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen; Art. 29 Abs. 4 der Verfassung des Landes Hessen), dahin ausgelegt werden, daß der einfache Landesgesetzgeber keine Befugnis habe, das Streikrecht einzuschränken; vgl. Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II B, unter Vorbem. sowie bereits oben unter 1. (S. 229).

653 Vgl. etwa Auffarth, RdA 77, S. 129 f.; Brodmann, Arbeitskampf, S. 44 ff.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 915 ff.; Lerche, Zentralfragen, S. 43 ff.; Rüthers, Aussperrung, S. 20 ff., insbes. S. 25 ff.; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 32 u. S. 35 ff.; Säcker, Kollektive Koaltitionsfreiheit, S. 82 ff.; neuerdings ausdrücklich auch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 1. u. 2. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 1. u. 2. d.G.; wohl auch ArbG Berlin, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 3. a, d.G.; vgl. ferner die Nachw. bei Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 61 Fn. 62. A.A. Lohse, Staatsnotstand, insbes. S. 64 ff., der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG als Rechtsgrundlagen für eine verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes ansieht. Als dritter Ansatz könnte jene Auffassung bezeichnet werden, die Art. 2 Abs. 1 GG heranzieht, - vgl. die Nachw. oben in Fn. 634 -, da auch insoweit eine Verankerung auf Verfassungsebene vorliegt u. die Unterscheidung zwischen Arbeitskampffreiheit u. Recht auf kampfweise Betätigung im hier verstandenen Sinne nur selten konsequent durchgehalten wird.

als Grundrecht oder als Einrichtungsgarantie.[654] Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Formen des Verfassungsschutzes besteht darin, daß Grundrechte dem Individuum[655] bzw. unter den Vor. von Art. 19 Abs. 3 GG juristischen Personen[656] verliehen werden, während Einrichtungsgarantien[657] den Schutz von Institutionen als solchen sicherstellen sollen.[658]

---

654 Vgl. Brodmann, Arbeitskampf, S. 51; von Münch, Jura 79, S. 31; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 35 ff.; Schaub, Handbuch, S. 1136. Dazu näher unten unter e, aa, aaa,.

655 Vgl. z.B. von Mangoldt/Klein, GG, Vorbemerkungen A. VI. 2. c,; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 138; Scholz, Grundgesetz I, S. 41.

656 Art. 19 Abs. 3 GG könnte hier v.a. für Gewerkschaften u. AG-Verbände von Bedeutung sein, da jene als nicht-rechtsfähige u. diese als rechtsfähige Vereine organisiert sind, vgl. dazu bereits den Hinweis oben § 1 (S. 185 f. u. Fn. 337). Zur Geltung von Art. 19 Abs. 3 GG auch für nicht-rechtsfähige Vereine Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 3, Rdnr. 29; Hendrichs, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 19, Rdnr. 36. Zur Frage, ob dies auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG gilt, näher unten unter e, bb,.

657 Häufig wird zwischen institutionellen Garantien u. Institutsgarantien differenziert, vgl. etwa die Hinweise bei von Mangoldt/Klein, GG, Vorbemerkungen A. VI. 3. a,; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 138; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 23; Scholz, Grundgesetz I, S. 41. Diese Unterscheidung wird vom arbeitsrechtlichen Schrifttum im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Schutz des Arbeitskampfes nicht immer zutr. verwendet; vgl. einerseits etwa Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 918 (Institutsgarantie), andererseits Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 37 (institutionelle Garantie). Dies ist wohl darauf zurückzuführen, daß diese Begriffe generell nicht einheitlich verwendet werden, vgl. Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte, S. 67 f. Da es kaum als fruchtbar erscheint, den unterschiedlichen Bedeutungsinhalten dieser Begriffe ausf. nachzugehen, wird hier im folgenden nur noch der Terminus "Einrichtungsgarantie" als Oberbegriff für institutionelle u. Institutsgarantien verwendet; wie hier etwa Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 1, Rdnr. 97; Klein, Institutionelle Garantien, S. 2. Zu den verschiedenen Definitionsversuchen sowie zu den Merkmalen der beiden zuletzt genannten Kategorien von Garantien näher z.B. Abel, Lehre von den Einrichtungsgarantien, S. 44 ff. u. S. 70 ff.

658 Vgl. Maunz/Zippelius wie Fn. 657; Scholz wie Fn. 657, S. 42. Dabei wird hier nicht verkannt, daß aus Einrichtungsgarantien mittelbar individuelle Rechte der Nutznießer dieser Einrichtungen entspringen, vgl. Scholz wie oben, S. 43. Der Unterschied zu unmittelbaren individuellen Rechten, die aus Grundrechten fließen, darf dadurch

Schließlich kann für den Fall der Feststellung einer Gewährleistung eines Rechts auf kampfweise Betätigung in Form eines Grundrechts eine weitere grundlegende Diff. dahin vorgenommen werden, ob sich aus dieser Gewährleistung subjektiv-öffentliche u./oder subjektiv-private Rechte des einzelnen ergeben.[659] Subjektiv-öffentliche Rechte wirken allein gegenüber dem Staat[660], während subjektiv-private Rechte unmittelbar auf der Privatrechtsebene, d.h. im Verhältnis zwischen Privatrechtsträgern wirken.[661,662]

---

aber m.E. nicht geleugnet u. verwischt werden. Zur historischen Entwicklung der Unterscheidung von Grundrechten u. Einrichtungsgarantien die Hinweise von Schneider, Schutz des Wesensgehalts, S. 95 m.w.N. in Fn. 109 ff.

659 Zu dieser Unterscheidung bereits Bühler, ArbR 23, S. 561 ff.; ders., Arbeitsrecht, S. 58 ff. u. S. 76 ff.; auch Konzen, AcP 177, S. 503; von Münch, Jura 79, S. 31; Nikisch, Streikrecht, S. 12 f.; Schwabe, Anm. zu BVerfG v. 17.2.81, DÖV 81, S. 796 (Hinweis auf Diff. zwischen Staats- u. Drittwirkung von Grundrechten durch h.M.). Das in Art. 40 der italienischen Verfassung enthaltene Streikrecht enthält beide Komponenten, dazu ausf. Mengoni, Sammlung des Arbeitsrechtes Bd. 2, S. 262 ff.

660 Vgl. z.B. Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 155 u. S. 156 ff.; Maunz/Zippelius wie Fn. 657, S. 133 f.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 5. Es ist hier nicht von Bedeutung, ob man diese Rechte im klassischen Sinne nur als Abwehrrechte gegen den Staat auffassen oder ihnen auch andere Funktionen - z.B. als Teilhaberechte - zubilligen will, dazu näher Bleckmann wie oben, S. 155 f.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 122 ff.; Scholz, Grundgesetz I, S. 30 ff.; zum Ganzen auch der Hinweis von Kriele, JA 84, S. 634.

661 Vgl. von Münch, Jura 79, S. 31. Zu dieser Unterscheidung auch die Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 61 Fn. 34.

662 Hinter dem Aspekt der privatrechtlichen Relevanz von Grundrechten steht letztlich die Frage der sog. Drittwirkung von Grundrechten, d.h. ob u. ggf. in welchem Umfang Grundrechte auch im Privatrechtsverkehr unmittelbar gelten (sog. Drittwirkung i.e.S., vgl. etwa Echterhölter, AR-Blattei, D, Grundgesetz II, unter B.), wobei die Meinungsverschiedenheiten heute i.w. die unmittelbare oder nur mittelbare Drittwirkung zum Gegenstand haben, vgl. von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 29. Darauf muß an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden, da es zunächst der Feststellung einer konkreten Rechtsgrundlage bedarf, aus der sich ein Recht auf kampfweise Betätigung ergibt. Zur Drittwirkungsproblematik näher etwa Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 137 ff.; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 133 ff.; von Münch wie oben m.w.N.; Stein, Staatsrecht, S. 255 ff. sowie ausf. Leisner, Grundrechte, S. 285 ff. u. neuerdings Canaris, AcP 184, S. 201 ff.

Für die Beantwortung der oben[663] gestellten Fragen folgt aus den gerade dargestellten Grundsätzen, daß es zunächst der Prüfung bedarf, ob in unserer Rechtsordnung Arbeitskampffreiheit oder ein Recht auf kampfweise Betätigung anerkannt wird u. welche Rechtsgrundlage insoweit einschlägig ist.[664] Von Interesse für eine weitere Diskussion verfassungsrechtlicher Überlegungen ist nur die eben zuletzt genannte Konstellation. Andernfalls würde der Arbeitskampf auch durch die Rechte kampfunbeteiligter Dritter im hier verstandenen Sinne eingeschränkt werden können, wobei sowohl vertragliche als auch gesetzliche Rechte diese Wirkung erzeugten.[665] Die Begründetheit der von kampfunbeteiligten Dritten gestellten Ansprüche wäre dann in der Tat allein aufgrund schuldrechtlicher Wertungen zu entscheiden, da entgegenstehende Wertungsgesichtspunkte des Arbeitskampfrechts keine Berücksichtigung mehr finden könnten.[666]

---

663 Oben unter 1. (S. 241). Zur der den folgenden Ausführungen zugrunde liegenden Abstufung in der Intensität des verfassungsrechtlichen Schutzes des Arbeitskampfes auch Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 83.

664 Wie bereits oben (Fn. 634) gezeigt wurde, handelt es sich um zwei verschiedene Fragen. Insbes. ist eine Gleichsetzung der Arbeitskampffreiheit mit Art. 2 Abs. 1 GG bzw. des Rechts auf kampfweise Betätigung mit Art. 9 Abs. 3 GG unzulässig. Vgl. auch den Hinweis von Niese, Streik, S. 2 auf den Schutz der Kampffreiheit entweder durch Art. 2 Abs. 1 oder 9 Abs. 3 GG.

665 Im hier interessierenden Zusammenhang - dazu bereits die Ausführungen oben 2. Teil (S. 60 ff.) - sind von den gesetzlichen Rechten v.a. die §§ 823 ff. BGB von Bedeutung, die den Rechten Dritter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG zugeordnet werden können, vgl. Dietz, JuS 68, S. 4. Zu den vertraglichen Rechten zählen - neben den bereits oben (S. 245) angesprochenen arbeitsvertraglichen Beschränkungen der Arbeitskampffreiheit - auch die sich aus schuld- bzw. handelsrechtlichen Verträgen ergebenden vertraglichen Beziehungen zwischen AG/Unternehmern u. kampfunbeteiligten Dritten, da zu den Rechten anderer i.S.v. Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG alle Individualrechte Dritter zu zählen sind, vgl. von Mangoldt/Klein, GG, Art. 2, Anm. IV. 1. a,; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 26; Scholz, Grundgesetz I, S. 121.

666 Insoweit ist Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 18 f. zuzustimmen, soweit er unter "Streikbefugnis" Streik- bzw. Aussperrungsfreiheit im hier definierten Sinne meinen sollte. Allerdings läßt sich dieses Ergebnis aus Brendels Ausführungen nicht zweifelsfrei nachvollziehen, da er seinen Ausgangspunkt nicht exakt festlegt. Vielmehr werden auf S. 18 verschiedene Auffassungen nur referiert. Die ebenda, S. 20 f. enthaltenen Ausführungen zur Drittwirkungsproblematik sind systematisch unzutr., da Brendel bereits den ersten insoweit notwendigen Schritt - Arbeitskampffreiheit versus Recht auf kampfweise Betätigung - nicht im erforderlichen Umfang vollzieht.

Im zweiten Untersuchungsschritt wäre als Ergebnis die Feststellung eines Grundrechts auf kampfweise Betätigung notwendig. Nur dann könnten bestehende schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen suspendiert bzw. aufgehoben oder ein objektiver Verstoß dagegen zumindest gerechtfertigt oder entschuldigt werden, da dann Rechte oder Gegenrechte des einzelnen Anspruchsgegners aus der Verfassung abgeleitet werden können.[667,668]

Schließlich müßte noch geprüft werden, ob es sich bei den eben genannten Rechten des einzelnen auch um subjektiv-private Rechte handelt.[669] Nur dann könnten sie auch gegenüber den anspruchsstellenden kampfunbeteiligten Dritten wirken, da sich Anspruchssteller u. Anspruchsgegner im hier interessierenden Zusammenhang in einem Gleichordnungsverhältnis auf privatrechtlicher Ebene gegenüberstehen.

b) Rechtsgrundlagen für eine Verankerung des Arbeitskampfes im GG

Diejenigen Autoren, die eine Verankerung des Arbeitskampfes auf der Ebene des GG befürworten, leiten ihre Auffassung aus unterschiedlichen Rechtsgrundlagen ab. Neben den bereits oben[670] erwähnten Begründungsversuchen über Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 3 GG sowie aus einer Kombination verschiedener Rechtsgrundlagen bzw. -prinzipien sind verein-

---

667 Würde dagegen der Arbeitskampf nur als Einrichtung gewährleistet werden, so würde diese Rechtsfolge gerade nicht eintreten, vgl. z.B. Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 37; Seiter, Streikrecht, S. 86; Weireter, Sozialadäquanz, S. 54. Vgl. dazu auch das anschauliche Beispiel bei Scholz, Grundgesetz I, S. 42, wonach trotz Gewährleistung der Einrichtung "Ehe" durch das GG nicht eine einzelne Ehe vor Auflösung geschützt wird.

668 Daran ändert auch nicht, daß Einrichtungsgarantien u. Grundrechte in einigen Fällen nebeneinander bestehen, vgl. etwa das Beispiel bei Scholz wie Fn. 667. Eine Gleichsetzung beider Figuren ist nicht zulässig, so deutlich Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 138.

669 Diese Prüfung wird nicht etwa dadurch obsolet, daß die Entscheidung zwischen Arbeitskampffreiheit u. einem Recht auf kampfweise Betätigung zugunsten der zuletzt genannten Alt. ausfällt, so aber zu Unrecht Däubler, Streik, S. 79, der damit die unterschiedlichen Wirkungsrichtungen verfassungsrechtlicher Gewährleistungen leugnet.

670 Unter a, (Fn. 634).

zelt auch noch Art. 3 Abs. 1 GG[671], Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG[672] sowie das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG)[673] herangezogen worden.[674] Als deutlich dominierend haben sich dabei die Ableitungsversuche aus Art. 2 Abs. 1 u. 9 Abs. 3 S. 1 GG erwiesen.[675] Allein zwischen diesen beiden Rechtsgrundlagen dürfte daher zu entscheiden u. damit die weitere Vorgehensweise in dieser Untersuchung zu bestimmen sein.[676]

Die Verankerung des Arbeitskampfes im GG über Art. 2 Abs. 1 GG war bis weit in die 60er Jahre hinein h.M.[677] Die Vertreter dieser Meinung

---

671 Der Gleichheitsgrundsatz wurde v.a. zur (Mit) Begründung der (formellen) Kampfparität herangezogen, vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 1. d.G.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II 6. Aufl, S. 619; Strempel, Leistungstörungen, S. 77; dazu auch der Hinweis bei Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 45. Dagegen bereits Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 262 f., der Art. 9 Abs. 3 GG gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG als Spezialregelung ansieht, so daß diese Vorschrift nicht mehr zur Begründung der Kampfparität herangezogen zu werden braucht. Zur Kritik auch ausf. Rüthers, JurA 70, S. 98 ff. Zur Rechtsgrundlage der Kampfparität im einzelnen unten unter III., 4., b, dd,.

672 Vgl. Hoffmann, in: Kittner, Streik und Aussperrung, S. 71 f.; Kittner, GewMH 73, S. 102; Zachert/Metzke/Hamer, Aussperrung, S. 191 f.; abl. Krejci, Aussperrung, S. 39; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 118 f. u. S. 276; Wohlgemuth, BB 79, S. 112.

673 Vgl. dazu Lohse, Staatsnotstand, S. 64 ff. u. S. 81. Zu den Rechtsgrundlagen dieses Prinzips etwa Stein, Staatsrecht, S. 68.

674 Vgl. zum Ganzen den Überblick bei Krejci, Aussperrung, S. 38 f.; Teilaspekte auch bei Brodmann, Arbeitskampf, S. 37 ff. u. Seiter, Streikrecht, S. 65 ff.

675 Daher ist es verständlich, daß häufig im Zusammenhang mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Arbeitskampfes nur noch auf diese beiden Ansatzpunkte hingewiesen wird, vgl. etwa Fabricius, FS für Gleitze, S. 464; von Münch, Jura 79, S. 30; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 30 f.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 81; Tettinger, Jura 81, S. 6.

676 Es lohnt nicht, hier auf die zur Ablehnung der anderen Auffassungen diskutierten Argumente im einzelnen einzugehen, dazu näher z.B. Brodmann, Arbeitskampf, S. 43 u. S. 54 ff.; Krejci, Aussperrung, S. 38 f.

677 Vgl. die Nachw. oben in Fn. 634 sowie bei Seiter, Streikrecht, S. 65 Fn. 54.

beriefen sich v.a. auf die bis 1968[678] fehlende positive Erwähnung bzw. Aufnahme des Arbeitskampfes im GG[679] sowie auf die weitgehende Übereinstimmung der Wortlaute von Art. 9 Abs. 3 GG einerseits u. Art. 159 WRV andererseits.[680] Ferner dürfte die unproblematische dogmatische Begründung für weitgehende gesetzliche Einschränkungen des Arbeitskampfes ein wichtiger Gesichtspunkt für die Beliebtheit dieser Sichtweise gewesen sein.[681,682]

Gegen diese Auffassung sind i.w. folgende Einwendungen erhoben worden. Art. 2 Abs. 1 GG sei lediglich ein Auffanggrundrecht[683] u. damit gegenüber Art. 2 Abs. 2 ff. GG, insbes. gegenüber den Freiheitsrechten, subsidiär.[684] Diesem Argument ist m.E. zuzustimmen, da es

---

678 Zur Aufnahme des Begriffs "Arbeitskampf" in das GG durch die Notstandsklausel bereits oben unter 1. (S. 223).

679 Vgl. Arras, NJW 53, S. 241; Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 166 ff.; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 462 f.; ders., in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 100 ff.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II 6. Aufl., S. 101 f.

680 Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 104; Scheuner, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 69. Art. 159 WRV wurde von der h.M. so ausgelegt, daß lediglich die Vereinigungsfreiheit, nicht aber auch die Kampfmittel der AG u. AN gewährleistet sein sollten, vgl. etwa Anschütz, WRV, § 159, Anm. 5; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 99 m.w.N. sowie ausf. die Darstellung bei Seiter, Streikrecht, S. 58 ff.

681 Vgl. etwa Dietz, JuS 68, S. 4; Scheuner wie Fn. 680, S. 69 f.; vgl. auch den diesbezüglichen Hinweis bei Seiter wie Fn. 680, S. 65.

682 Diese Beschränkungsmöglichkeiten ergeben sich aus Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG; dazu bereits oben unter a, (S. 244 f.).

683 Daß Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht i.S. eines subjektiv-öffentlichen Rechts gilt, kann heute als gesichert angesehen werden, vgl. etwa BVerfG v. 5.8.66, BVerfGE 20, S. 154; BGH v. 2.4.57, BGHZ 24, S. 76 f. m.w.N.; Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rdnr. 5. Die insbes. von von Mangoldt/Klein, GG, Art. 2, Anm. III. 5. b, vertretene abweichende Ansicht, es handele sich bei Art. 2 Abs. 1 GG um einen Freiheitsrechtsleitsatz sowie um eine besondere, wichtige Auslegungsregel, hat sich nicht durchsetzen können.

684 Vgl. Brodmann, Arbeitskampf, S. 43; Germelmann, Streikrecht, S. 24; Lerche, Zentralfragen, S. 45.

sich mit der ständigen Rechtsprechung des BVerfG[685] sowie mit der ganz h.M. im verfassungsrechtlichen Schrifttum[686] völlig im Einklang befindet.

Art. 2 Abs. 1 GG sei vom Verfassungsgeber als individuelles Grundrecht ausgestaltet worden; der Arbeitskampf habe demgegenüber kollektiven Charakter u. könne daher nicht von Art. 2 Abs. 1 GG erfaßt werden.[687] Auch dieser Aspekt muß als zutr. angesehen werden. Der kollektive Charakter des Arbeitskampfes ist nicht nur seit langem anerkannt;[688] durch Entwicklung u. Akzeptanz der Einheitstheorie[689] ist ihm sogar eine über das Arbeitskampfrecht weit hinausgehende Bedeutung zuerkannt worden.[690]

---

685 Vgl. etwa BVerfG v. 20.10.54, BVerfGE 4, S. 56 f.; BVerfG v. 16.6.59, BVerfGE 9, S. 343; BVerfG v. 24.1.62, BVerfGE 13, S. 296; BVerfG v. 15.3.67, BVerfGE 21, S. 234; BVerfG v. 23.1.68, BVerfGE 23, S. 55 f.; BVerfG v. 24.2.71, BVerfGE 30, S. 192; BVerfG v. 29.5.74, BVerfGE 37, S. 290 f. Weitere Nachw. bei Merten, JuS 76, S. 347 Fn. 44.

686 Vgl. Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rdnr. 6 f.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 174; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 173 f.; Merten, JuS 76, S. 347; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rdnr. 10 u. 11; Schnorr, FS für Molitor, S. 240; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 35. Zur Subsidiarität gegenüber Art. 9 Abs. 3 GG Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 96; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 313.

687 Vgl. Brodmann, Arbeitskampf, S. 43; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 42; Germelmann, Streikrecht, S. 24; Lohse, Staatsnotstand, S. 51; Söllner, Arbeitsrecht, S. 81; Schmid wie Fn. 686.

688 Dies zeigt bereits eine Betrachtung der seit Anfang dieses Jhdt. verwendeten Def. der Begriffe Streik u. Aussperrung, grundlegend Kleeberg, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 1904, S. 238 f. u. S. 246 f.; vgl. auch Simmer, Lieferungsverträge, S. 8 u. S. 10; Werneburg, Streik, S. 4 f., die jeweils auf die gemeinschaftliche Arbeitsniederlegung mehrerer AN bzw. die Entlassung mehrerer AN durch den/die AG hinweisen. Dieses für die kollektive Einordnung wesentliche Merkmal findet sich auch im aktuellen Schrifttum wieder, vgl. z.B. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 12 u. S. 21 f. Zum Ganzen auch Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 180 ff.

689 Dazu ausf. bereits oben § 1 (S. 138 ff.).

690 Teilweiser Vorrang arbeitskampfrechtlicher vor arbeitsvertraglichen (individualrechtlichen) Wertungen (im einzelnen oben § 1, S. 141 f.).

Aus Art. 2 Abs. 1 GG ließen sich weder straf- noch privatrechtliche Folgen des Arbeitskampfes ableiten.[691] Dieser Hinweis kann zwar sachlich ebenfalls nicht beanstandet werden, er gilt aber - wie ein Blick in das GG zeigt - wohl für fast alle Grundrechte[692], so daß solche Ableitungen zumindest unmittelbar generell nicht ohne weiteres möglich sind.[693]

Ob das eben skizzierte Argument in letzter Konsequenz wirklich stichhaltig ist, oder ob nicht u.U. eine genaue Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG unter besonderer Berücksichtigung der Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte zu solchen Ergebnissen führen würde, kann indessen an dieser Stelle offen bleiben[694], da die beiden anderen Begründungsstränge der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 GG überzeugend entgegengehalten werden können.[695] Zusätzlich kann als weiteres Argument die systematische Stellung der Notstandsklausel herangezogen werden; daß diese in Art. 9 GG eingefügt wurde, spricht sehr dafür, daß der Verfassungsgeber Art. 9 Abs. 3 als den zutr. Ort für eine Verankerung des Arbeitskampfes innerhalb des GG angesehen hat.[696]

---

691 Vgl. Krejci, Aussperrung, S. 38.

692 Von vornherein wird bei Art. 9 Abs. 3 GG für den privatrechtlichen Bereich eine Ausnahme zu machen sein, da Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG unstr. die unmittelbare Drittwirkung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG anordnet, vgl. etwa BAG v. 14.2.67, BAGE 19, S. 223; Konzen, AcP 177, S. 503; von Münch, Jura 79, S. 31; ders., in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 29 sowie Art. 9, Rdnr. 51; Scholz in Maunz/Dürig, Art. 9, Rdnr. 4, 171 u. 332. Zu den daraus hier relevanten Konsequenzen unten unter III. 3. sowie unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, III., 2.

693 Vgl. in diesem Zusammenhang nur den Hinweis von Krejci wie Fn. 691, S. 30, wonach auf der Verfassungsebene gewonnene Ergebnisse trotz der Drittwirkung von Grundrechten nicht ohne weiteres auf die privatrechtliche Ebene transformiert werden dürften. Auf diesen Gesichtspunkt wird in dieser Arbeit noch zurückzukommen sein (vgl. im einzelnen unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, III., 2.)

694 Krit. u. wohl abl. Krejci wie Fn. 691.

695 Dies gilt jedenfalls solange, bis sich speziellere GG-Art. im Hinblick auf die Verankerung des Arbeitskampfes im GG als nicht einschlägig erweisen.

696 Wie hier etwa Glückert, Arbeitskampfschutzklausel, S. 175 ff.; zum engen Sachzusammenhang zwischen Arbeitskampf u. Koalitionsfreiheit auch Germelmann, Streikrecht, S. 24 f. Zur Indizwirkung der Notstandsklausel in diesem Zusammenhang bereits oben unter 1. (S. 227 vor Fn. 549).

Auch die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 3 GG spricht für einen engen Zusammenhang von Koalitionsfreiheit u. Arbeitskampf.[697]

Mit der heute wohl h.M.[698] kann daher Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als Rechtsgrundlage für eine Verankerung des Arbeitskampfes innerhalb des GG herangezogen werden. Um Folgerungen für die hier zu klärenden Fragen ziehen zu können, müssen zunächst die zu Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG entwickelten Auslegungsgrundsätze skizziert werden, soweit sie für den Arbeitskampf bzw. das Arbeitskampfrecht von Bedeutung sind.[699]

c) Auslegung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG durch Rechtsprechung und Schrifttum

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet zugunsten von jedermann[700] u. für alle Berufe das Recht, zur Wahrung u. Förderung der Arbeits- u.

---

697 Dazu näher Brodmann, Arbeitskampf, S. 47 m.w.N.

698 Vgl. statt vieler Brodmann, Arbeitskampf, S. 38; Gester/Wohlgemuth, FS für Herschel 1982, S. 118; Kreuzer, Neutralität, S. 41; von Münch, Jura 79, S. 30; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 30 m.w.N. in Fn. 4; Scholz, BAG-Festschrift, S. 533 f.; Soergel/Kraft, BGB, Vor § 611, Rdnr. 124; Tettinger, Jura 81, S. 6.

699 Zur Notwendigkeit dieser Vorgehensweise Germelmann, Streikrecht, S. 26; vgl. in diesem Zusammenhang auch den Hinweis von Raiser, Aussperrung, S. 36 f. u. S. 44 f. auf die Meinungsvielfalt im Hinblick auf zentrale Fragen des Zusammenhangs zwischen Koalitionsfreiheit u. Arbeitskampf; trotz der Vielzahl von Äußerungen in den letzten Jahren zu diesem Thema ist diese Einschätzung auch heute noch grundsätzlich zutr., so daß auch diesem Bereich in dieser Arbeit hinreichende Aufmerksamkeit entgegengebracht werden muß.

700 Es handelt sich damit im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 1 GG um ein Menschenrecht, das auch Ausländern u. Staatenlosen zusteht, vgl. Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 426; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 741; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 47; Scholz, Grundrecht, S. 21; ähnl. auch Tettinger, Jura 81, S. 1. Wichtiger ist der Hinweis, daß der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG keine Anhaltspunkte für eine Diff. zwischen AG u. AN bietet, so zutr. etwa Raiser, ZRP 78, S. 203; darauf wird in anderem Zusammenhang (unten unter e, bb,) noch zurückzukommen sein.

Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden.[701] Es handelt sich bei dieser Norm um eine Sonderregelung der bereits durch Art. 9 Abs. 1 GG gewährleisteten Vereinigungsfreiheit.[702] Art. 9 Abs. 3 S. 1 ist nicht nur die bundesverfassungsrechtliche Grundlage der Koalitionsfreiheit[703], sondern gleichzeitig auch das Fundament der Arbeitsverfassung[704] sowie des kollektiven Arbeitsrechts.[705]

aa) Koalitionsbegriff

Koalitionen sind Vereinigungen[706] von AG u. AN, deren Zweck darin besteht, im Interesse ihrer jeweiligen Mitglieder zur Wahrung u. För-

---

701 Der Arbeitskampf ist vom Verfassungsgeber nicht in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG aufgenommen worden, dazu bereits der Hinweis oben unter 1. (S. 223).

702 Vgl. BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. a, d.G.; Dietz wie Fn. 700, S. 418 f.; von Münch wie Fn. 700, Art. 9, Rdnr. 36 m.w.N.; von Mutius, Jura 84, S. 202; Rüthers, ZfA 82, S. 238; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 1, S. 146 u. S. 328; ders. in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 337; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 3. Zu Unterschieden u. Parallelen zwischen Vereinigungs- u. Koalitionsfreiheit Richardi, AöR 93, S. 265 ff. Dietz wie Fn. 700, S. 419 weist zutr. darauf hin, daß Art. 9 Abs. 3 neben Abs. 1 GG steht u. selbständig ausgestaltet ist.

703 Vgl. Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 337; ähnl. Kriebel, Zentralisation, S. 173. Da Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG jedenfalls soweit der Schutz des Zusammenschlusses einzelner sowie des Zusammenschlusses selbst (Koalition) in Frage steht, als Grundrecht anzusehen ist, gewährleistet diese Verfassungsnorm auch das Koalitionsrecht i.S. der oben unter a, (S. 241 f.) eingeführten Terminologie.

704 Unter "Arbeitsverfassung" soll hier mit Scholz, BAG-Festschrift, S. 512 die Gesamtheit der Normen der Verfassung verstanden werden, die die Regelung des Arbeitslebens vornehmen u. Vorgaben für die Ausführung durch unterverfassungsrechtliche Vorschriften enthalten. Teils weiter, teils enger Richardi, RdA 66, S. 244 f. Vgl. auch Richardi, Kollektivgewalt, S. 111.

705 Vgl. etwa Scholz, Grundrecht, S. 9; ähnl. Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl., Rdnr. 29; dazu auch Zöllner, AöR 98, S. 72, der Art. 9 Abs. 3 GG als "magna charta des kollektiven Arbeitsrechts" bezeichnet.

706 Der Begriff "Vereinigung" in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ist mit der in § 2 Abs. 1 VereinsG enthaltenen Legaldefinition der Vereinigung inhaltsgleich, vgl. von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 36; Schnorr, VereinsG, § 2, Rdnr. 2.

derung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen beizutragen.[707] Unstr. müssen diese Vereinigungen frei gebildet, körperschaftlich organisiert, gegnerfrei u. unabh., überbetrieblich organisiert u. dürfen nicht gem. Art. 9 Abs. 2 GG verboten sein[708], um als Koalition von der Rechtsordnung anerkannt u. privilegiert zu werden.

Eine verbreitete Auffassung verlangt darüberhinaus das Vorliegen weiterer Vor., nämlich Anerkennung des bestehenden Schlichtungsrechts, Fähigkeit zur Ausübung von Druck auf den sozialen Gegenspieler, Abschluß von TV (Tarifwilligkeit) als Ziel sowie z.T. auch die Bereitschaft zum Arbeitskampf.[709] Wäre diese Auffassung zutr., gäbe es keinen Unterschied zwischen Koalitionen u. tariffähigen Verbänden.[710] Wie jedoch die Beispiele der rechtlichen Stellung von

---

707 Vgl. etwa Däubler/Hege, HdA XI A, Rdnr. 101; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 426; Nipperdey, FS für Möhring, S. 88; Söllner, Arbeitsrecht, S. 53; Schaub, Handbuch, S. 1111; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 7.

708 Vgl. dazu sowie zum Inhalt dieser einzelnen Vor. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 51 ff; Rüthers, ZfA 82, S. 246; Söllner wie Fn. 707, S. 54 f.; Schaub wie Fn. 707, S. 1112 ff. sowie ausf. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 82 ff.

709 So etwa ArbG Stuttgart v. 4.2.72, EzA Art. 9 GG Nr. 9, Lts. 2. sowie unter III. 2. d.G.; Dietz wie Fn. 707, S. 461; Hueck/Nipperdey wie Fn. 708, S. 104 ff.; Nipperdey/Säcker, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II A, unter I. 2. a,; Schaub wie Fn. 707.

710 So konsequent Schaub wie Fn. 707; auch Brede/Etzel, Arbeitsrecht, S. 141; wohl auch Nipperdey wie Fn. 707. A.A. BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter C. 2. b, bb, d.G.; BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, Lts. 6. sowie unter III. 2. d.G.; BAG v. 14.2.78, DB 78, S. 1404; Badura, Anm. zu ArbG Stuttgart v. 4.2.72, EzA Art. 9 GG Nr. 9; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 752; Hagemeier, DB 84, S. 719; von Maydell, JZ 80, S. 433; von Münch in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 42; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 5; Rüthers, ZfA 82, S. 247; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 7; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 2, Rdnr. 13 u. 14; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 103; wohl auch BVerfG v. 19.10.66, AP Nr. 24 zu § 2 TVG, unter C. I. 1. d.G.

Handwerksinnungen[711] sowie derjenigen einzelner AG[712] zeigen, ist diese Meinung wenig überzeugend. Als weiteres Argument gegen diese Sichtweise ist anzuführen, daß zur Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen auch andere Möglichkeiten als der Abschluß von TV nicht nur denkmöglich sind, sondern in praxi sogar in Erscheinung treten.[713]

In diesem Zusammenhang ist auch eine weitere Kontroverse zu sehen, die das Kriterium des auf eine gewisse Dauer gerichteten Zusammenschlusses betrifft. Hält man wie hier an der Diff. zwischen Koalition u. tariffähigem Verband fest, kann es für die Koalitionseigenschaft nicht auf die Dauerhaftigkeit ankommen.[714] Letztlich können diese Streitfragen im Rahmen dieser Untersuchung weitgehend offen gelassen wer-

---

711 Gem. § 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO sind die Handwerksinnungen tariffähig, obwohl sie als öffentlichrechtliche Körperschaften keine Koalitionen sind, zutr. Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 199; unrichtig daher Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 51, die aufgrund der Tariffähigkeit offenbar auch die Koalitionseigenschaft der Innungen bejahen wollen. Zur Vereinbarkeit von § 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO mit Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG näher BVerfG v. 19.10.66, AP Nr. 24 zu § 2 TVG, Lts. sowie unter C. d.G. Vgl. in diesem Zusammenhang auch §§ 82 Nr. 3, 85 HandwO, die auch den Landesinnungsverbänden sowie dem Bundesinnungsverband die Tariffähigkeit zuerkennen; diese Vereinigungen sind zwar im Gegensatz zu den Innungen privatrechtlich organisiert, aber gleichwohl keine Koalitionen, vgl. Löwisch, ZfA 70, S. 301 u. S. 305.

712 Gem. § 2 Abs. 1 TVG ist auch ein einzelner AG tariffähig, obwohl ihm die Koalitionseigenschaft fehlt; zur Begründung für diese Regelung Wiedemann/Stumpf, TVG, § 2, Rdnr. 11.

713 Vgl. etwa BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, unter III. 2. d.G. (am Beispiel des Verbandes oberer Angestellter der Eisen- u. Stahlindustrie, VOE); grundsätzlich bejaht auch Badura, Anm. zu ArbG Stuttgart v. 4.2.72, EzA Art. 9 GG Nr. 9 diese Möglichkeit. Vgl. auch BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. c, d.G. (Personalvertretungswesen) sowie LAG Frankfurt v. 12.10.73, DB 74, S. 290 (Koalitionseigenschaft von Sprecherausschüssen leitender Angestellter).

714 Wie hier BAG v. 28.4.66, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 4. d.G.; BAG v. 14.2.78, DB 78, S. 1404; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 426 f.; a.A. diejenigen Autoren, die Koalitionseigenschaft u. Tariffähigkeit gleichsetzen wollen, dazu bereits die Nachw. in Fn. 710.

den[715], da die hier näher bedeutsamen Koalitionen[716] - Gewerkschaften u. AG-Verbände - gem. § 2 Abs. 1 TVG auch gleichzeitig tariffähig sind.[717]

bb) Individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit

Die heute h.M. vertritt die Theorie vom sog. Doppelgrundrechtscharakter von Art. 9 Abs. 3 S. 1. GG.[718] Darunter ist zu verstehen, daß

---

715 Auf diesen Komplex ist nur im Zusammenhang mit der Frage nach den Trägern des Rechts auf kampfweise Betätigung (unten unter e, bb,) näher einzugehen.

716 Eine Beschränkung auf diese in der tarifpolitischen Praxis wichtigsten Koalitionen kann hier deshalb vorgenommen werden, weil sie bevorzugt als mögliche Anspruchsgegner in den Fällen arbeitskampfbedingter Eingriffe in Rechte kampfunbeteiligter Dritter in Betracht kommen können, dazu bereits die Ausführungen oben 2. Teil (S. 61).

717 Zur Tariffähigkeit näher unten unter d, bb,.

718 Vgl. nur BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Lts. 1. sowie unter B. d.G.; BVerfG v. 14.4.64, AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern, unter II. 2. b, d.G.; BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. c, (3) d.G.; BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter II. 1. d.G.; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G.; BAG v. 2.8.63, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG, unter III. 2. d.G.; BGH v. 28.9.72, AP Nr. 21 zu Art. 9 GG, unter IV. 1. d.G.; Brodmann, Arbeitskampf, S. 38; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rdnr. 95 u. 100; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 741; Hamann/Lenz, GG, Art. 9 Abs. 3, Anm. 8. b,; Kammerer, AuR 84, S. 66; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 16 f.; Reichel, AR-Blattei, D, Kollektives Arbeitsrecht I, unter A. II. 1. u. 2.; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 33 f.; ders., Gruppenautonomie, S. 249; Schmidt-Preuß, Zentralfragen, S. 185; Söllner, Arbeitsrecht, S. 56 f.; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 6; Tettinger, Jura 81, S. 2 f.; Weber, FS für OLG Celle, S. 242 ff.; ders., Koalitionsfreiheit, S. 11. Gegen diesen Ansatz v.a. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 121 ff. sowie ders. in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 170 u. 240, der Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nur als individuales Freiheitsrecht anerkennt u. den Schutz der Koalition im Gegensatz zur h.M. nur über Art. 19 Abs. 3 GG begründen will. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 138 u. S. 145 sieht Art. 9 Abs. 3 GG daher als "individuales Freiheitsrecht mit kollektiver Ausübungsfunktion" an; die Anerkennung einer selbständigen kollektiven Grundrechtsträgerschaft sowie eines Doppelgrundrechts wird von ihm ausdrücklich abgelehnt. Ähnl. wie Scholz auch Seiter, Streikrecht, S. 87 ff. - unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Trägerschaft des Rechts auf kampfweise Betätigung - sowie Zöllner, AöR 98, S. 78 f., der sich im übrigen auf S. 80 dieses Beitrags krit. zur Zuordnung des BVerfG zu den Vertretern der

diese Verfassungsnorm sowohl die individuelle als auch die kollektive Koalitionsfreiheit als Grundrechte gewährleisten soll.[719] Während sich dies für die individuelle Koalitionsfreiheit sowohl aus dem Wortlaut[720] als auch aus dem Charakter von Grundrechten als auf Individuen zugeschnittene Rechte ergibt[721], ist die Erstreckung auf das Kollektiv, den vollzogenen Zusammenschluß, nicht derart evident. Weder dem Wortlaut noch der systematischen Stellung lassen sich diesbezüglich Anhaltspunkte entnehmen.[722] Ferner fehlt eine Art. 165 Abs. 1 WRV vergleichbare Vorschrift im GG.[723]

Gleichwohl ist heute im Grundsatz auch die Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit anerkannt.[724] Das Bekenntnis des GG zum

Doppelgrundrechtstheorie äußert. Die Doppelgrundrechtstheorie wird ganz überwiegend auch zu Art. 9 Abs. 1 GG vertreten, dazu näher etwa Schmidt, Freiheit verfassungswidriger Parteien, S. 54 ff. m.w.N.; sie ist also kein Charakteristikum von Art. 9 Abs. 3 GG.

719 So deutlich etwa Fuchs wie Fn. 718; Rüthers, ZfA 82, S. 242; Säcker, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12, S. 23; Tettinger wie Fn. 718; Zechlin, NJW 85, S. 587; grundsätzlich wohl auch Badura, RdA 74, S. 131. Mit der Anerkennung des Doppelgrundrechtscharakters wird m.E. noch keine endgültige Entscheidung über das Verhältnis von individueller u. kollektiver Koalitionsfreiheit getroffen, wie hier zutr. Klosterkemper, Zugangsrecht, S. 111. Vielmehr ist die Frage nach den jeweiligen Grundrechtsträgern unabh. von der prinzipiellen Anerkennung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung auch der kollektiven Koalitionsfreiheit zu sehen.

720 So zutr. Klein, Koalitionsfreiheit, S. 16; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 28.

721 Vgl. Art. 1 Abs. 1 GG sowie den entsprechenden Hinweis bei Scholz, Grundrecht, S. 29.

722 So zutr. Scholz wie Fn. 721; Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl., Rdnr. 29; grundsätzlich ebenso wohl auch Kreuzer, Neutralität, S. 37; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 35 u. S. 37; Söllner, Arbeitsrecht, S.57.

723 Vgl. BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter B. d.G.; Kreuzer wie Fn. 722.

724 Unterschiedliche Auffassungen bestehen aber im Hinblick auf die dogmatische Begründung der kollektiven Koalitionsfreiheit, vgl. dazu ausf. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 40 ff. u. S. 121 ff. Aus diesem Bereich spielt hier allein die Rechtsträgerschaft eines möglichen Rechts auf kampfweise Betätigung eine Rolle, darauf kann aber erst an anderer Stelle (unten unter e, bb,) eingegangen werden.

freiheitlichen u. sozialen Rechtsstaat verbiete es, ein Zurückgehen hinter den Zustand von Weimar anzunehmen. Ferner habe der Verfassungsgeber aufgrund des in den einzelnen Bundesländern bestehenden verfassungs- u. arbeitsrechtlichen Rechtszustands von der Anerkennung der Koalitionen, insbes. der TV-Parteien ausgehen können.[725] Außerdem wird darauf hingewiesen, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gerade auf die Bildung von Koalitionen ausgerichtet sei. Es könne daher nicht angehen, einmal gebildeten Koalitionen jeden Schutz durch die Verfassung zu versagen.[726] Ob u. ggf. welche Beziehungen zwischen individueller u. kollektiver Koalitionsfreiheit bestehen, wird in anderem Zusammenhang noch näher zu untersuchen sein.[727]

Von vornherein werden trotz des fehlenden Gesetzesvorbehalts in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG weder individuelle noch kollektive Koalitionsfreiheit - wie im übrigen alle anderen sog. vorbehaltlosen Grundrechte - ohne Einschränkungen geschützt.[728] Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG wird die Koalitionsfreiheit vielmehr nur in einem Kernbereich gewährleistet.[729] Dies bedeutet, daß der einfache Gesetzgeber die Befugnisse der Koalitionen im einzelnen ausgestalten u. näher regeln kann, da diesen kein inhaltlich unbegrenzter Handlungsspielraum zur Verfügung steht.[730] Ohne hier näher darauf eingehen zu müssen,

---

725 Vgl. BVerfG wie Fn. 723; BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. c, (3) d.G.; zust. Kreuzer, Neutralität, S. 37 f.

726 Vgl. Richardi, AöR 93, S. 265; Scholz, Grundrecht, S. 29. Vgl. auch die insoweit bestehende Parallele bei Art. 9 Abs. 1 GG, dazu z.B. BVerfG v. 13.10.61, BVerfGE 13, S. 175.

727 Vgl. im einzelnen unten unter e, bb,.

728 Vgl. zu den immanenten Grundrechtsschranken u. ihren Auswirkungen auf die Grenzen von Art. 9 Abs. 3 GG BAG v. 14.2.67, BAGE 19, S. 226; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 742. Zum Ganzen unter Berücksichtigung der möglichen Grenzen des Rechts auf kampfweise Betätigung näher unten unter f, aa,.

729 Vgl. BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter C. 2. b, d.G.; BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. e, d.G.; BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 1. d.G.; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G.; BVerfG v. 20.10.81, AP Nr. 31 zu § 2 TVG, unter B. I. 1. d.G.

730 Vgl. z.B. BVerfG v. 2.7.79, AP Nr. 61 a zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 1; BVerfG v. 20.10.81, AP Nr. 31 zu § 2 TVG, unter B. I. 1. d.G.

ob diese Zusammenhänge auch für die individuelle Koalitionsfreiheit Geltung beanspruchen[731], kann davon ausgegangen werden, daß der Kernbereichsschutz v.a. für den Umfang der kollektiven Koalitionsfreiheit Bedeutung erlangt hat.[732]

aaa) Individuelle Koalitionsfreiheit

Die individuelle Koalitionsfreiheit bezieht sich auf den einzelnen AG bzw. AN.[733] Unstr. fällt darunter die positive Koalitionsfreiheit, d.h. v.a. die Rechte des einzelnen, sich mit anderen zu einer Koalition zusammenzuschließen[734], ihr bei- bzw. aus ihr auszutreten[735], unter mehreren Koalitionen zu wählen[736] sowie wichtig an

---

731 Vgl. etwa die unklaren Ausführungen von Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 741 f.; aus der oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG läßt sich keine Beschränkungsmöglichkeit nur der kollektiven Koalitionsfreiheit entnehmen. A.A. Weber, Koalitionsfreiheit, S. 11 f., der die individuelle Koalitionsfreiheit der Disposition des einfachen Gesetzgebers vollständig entziehen will.

732 Dazu näher gleich unter bbb,.

733 Vgl. Scholz, Grundrecht, S. 24; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 6; Tettinger, Jura 81, S. 2.

734 Vgl. z.B. BVerfG v. 14.4.64, AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern, unter II. 2. b, d.G.; BAG v. 29.11.67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, unter VI. 2. d.G.; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 16 f.; Zechlin, NJW 85, S. 587.

735 Vgl. BAG wie Fn. 734, unter VI. 5. c, d.G.; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rdnr. 147; Rüthers, ZfA 82, S. 242; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 35; ders., Gruppenautonomie, S. 249; Schneider, RdA 82, S. 105. Teilw. abw. Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 453 f.; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 741; Klein wie Fn. 734, S. 17; Scholz, Grundrecht, S. 24, die das Austrittsrecht der negativen Koalitionsfreiheit zuordnen wollen.

736 Vgl. BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, Lts. 1. sowie unter I. 2. a, d.G.; BAG wie Fn. 734, unter VI. 5. c, d.G.; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rdnr. 147; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 35; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 27.

ihrer spezifischen Tätigkeit teilzunehmen.[737]

Demgegenüber wird die Frage, ob als Korrelat zur positiven auch die negative Koalitionsfreiheit, d.h. das Recht des einzelnen, sich nicht mit anderen zu Koalitionen zusammenzuschließen bzw. ihnen fernzubleiben[738], durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet wird, nicht einheitlich beantwortet.[739] Sieht man Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als Freiheitsrecht an, so erscheint es m.E. konsequent, auch die negative Koalitionsfreiheit mit zu gewährleisten, da andernfalls die Freiheit letztlich nur in einer Richtung, nämlich im Hinblick auf das Zusammenschließen einzelner zu einer Koalition, bestehen würde. Wie ein Blick

---

737 Vgl. BVerfG v. 14.4.64, AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern, unter II. 2. b, d.G.; BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. a, d.G.; BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. a, d.G.; BVerfG v. 18.12.74, BVerfGE 38, S. 303; BAG v. 29.11.67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, unter VI. 4. a, d.G.; BAG v. 23.2.79, AP Nr. 30 zu Art. 9 GG, unter II. 2. c, aa, d.G.; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rdnr. 148; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 17; Schwerdtfeger wie Fn. 736; diff. Badura, RdA 74, S. 131, der diese Garantie als nicht von der kollektiven Koalitionsfreiheit trennbar ansieht.

738 Vgl. Scholz, Grundrecht, S. 24; Zechlin, NJW 85, S. 587; ähnl. auch Söllner, Arbeitsrecht, S. 61; Schaub, Handbuch, S. 1116; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 107.

739 Für Gewährleistung auch der negativen Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG etwa BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G.; BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, unter C. II. 4. a, d.G.; BAG v. 29.11.67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, unter VI. 5. e, d.G.; LAG Köln v. 2.7.84, DB 84, S. 2096; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 457; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 741; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 17; Leisner, Grundrechte, S. 346; Lerche, Zentralfragen, S. 25; Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 17, S. 20; Reuter, FS für Hilger und Stumpf, S. 577 f.; Rüthers, ZfA 82, S. 242; Schneider, RdA 82, S. 105; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 169; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 29; Tettinger, Jura 81, S. 2; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 11; Zöllner/Seiter, ZfA 70, S. 108. Ausf. Mayer-Maly in Däubler/Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit, S. 19 ff., inbes. S. 23 f., heute h.M. Für Gewährleistung durch Art. 2 Abs. 1 GG z.B. Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 93 Fn. 127; Gamillscheg, Differenzierung, S. 59; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 36; ders., Gruppenautonomie, S. 249; Söllner, Arbeitsrecht, S. 61 f.; ausf. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 154 ff., insbes. S. 159 f. Für Gewährleistung durch Art. 9 Abs. 1 GG Däubler in Däubler/Mayer-Maly, Negative Koalitionsfreiheit, S. 38; Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rdnr. 174. Zu den möglichen Konsequenzen einer Aufweichung des Schutzes der negativen Koalitionsfreiheit durch das GG Schröder, HB v. 29.9.83, Nr. 188, S. 2.

auf andere Freiheitsrechte[740] zeigt, ist das negative aber nur die Kehrseite des positiven Rechts; beide Komponenten sind daher als jeweils durch dies. Vorschrift gewährleistet anzusehen.[741]

bbb) Kollektive Koalitionsfreiheit

Das BVerfG sieht die Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit primär unter dem Gesichtspunkt der spezifisch koalitionsgemäßen Betätigung.[742] Es hat zusammengefaßt drei Teilbereiche dieser Betätigung als im Kernbereich gewährleistet angesehen: Koalitionsbestand, Koalitionszweck sowie Koalitionsbetätigung (i.e.S.).[743,744]

---

740 Vgl. etwa Art. 4 GG (negative Bekenntnisfreiheit) u. Art. 9 Abs. 1 GG (negative Vereinigungsfreiheit); dazu die Hinweise auf entsprechende Entscheidungen des BVerfG bei Tettinger, Jura 81, S. 2 Fn. 14 u. 15.

741 Möglicherweise läßt sich eine endgültige Lösung dieser Frage erst dann finden, wenn versucht wird, den genauen Inhalt der negativen Koalitionsfreiheit zu analysieren; in diesem Sinne Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 35 f.; darauf kann hier aber nicht näher eingegangen werden. Krit. zur sog. Theorie der begrifflichen Kehrseite Klein, Koalitionsfreiheit, S. 36 f.

742 Vgl. etwa BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. a, d.G.; BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. d.G; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV., 1. d.G.; BVerfG v. 20.10.81, AP Nr. 31 zu § 2 TVG, unter B. I. 1. d.G.

743 So deutlich BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. a, d.G.; BVerfG v 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. d.G.; grundsätzlich auch Krejci, Aussperrung, S. 40; Schmidt-Preuß, Zentralfragen, S. 183; Scholz, Grundrecht, S. 31 ff.; Zöllner, AöR 98, S. 81. Hinzuweisen ist darauf, daß anstelle der hier verwendeten Begriffe z.T. von institutioneller, funktioneller u. instrumenteller Garantie der kollektiven Koalitionsfreiheit gesprochen wird, so v.a. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 915 f.; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 33, S. 39 u. S. 61 sowie S. 69; ders., Gruppenautonomie, S. 250 f.; unvollständig insoweit Badura, RdA 74, S. 131. Diese gerade erwähnte Terminologie wird hier insbes. wegen des zu möglichen Mißverständnissen führenden Begriffs der institutionellen Garantie nicht verwendet; Säcker versteht darunter nicht Einrichtungsgarantien, sondern Grundrechte der Koalition. Wie hier Abel, Lehre von den Einrichtungsgarantien, S. 81. Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Begriffs "institutionelle Garantie" bereits oben unter a, (S. 247 f.).

744 "Koalitionsbetätigung" wird hier als Oberbegriff für Verfahren u. Mittel zur Erreichung des Koalitionszwecks verwendet, nicht aber als Synonym für den Zweck selbst; mißverständlich Schaub,

Die Koalitionsbestandsgarantie beinhaltet den Schutz der Koalition vor willkürlichen staatlichen Verboten, Zwangsvereinigungen u. Zwangsauflösungen.[745] Darüberhinaus hat die Rechtsprechung auch die koalitionsinterne Verbandsautonomie[746] sowie die Verbandserhaltung u. -sicherung[747] miteinbezogen.[748]

Koalitionszweck ist die Wahrung u. Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen.[749] Dieser Bereich ist bisher nur in Ansätzen näher konkretisiert worden, obwohl dies aufgrund seiner Unbestimmtheit

---

Handbuch, S. 1120. Zur z.T. unklaren Terminologie, insbes. zur Gleichsetzung von Koalitionsbetätigung u. -zweck Zöllner, Arbeitsrecht, S. 105.

745 Vgl. z.B. Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 37; zur Bestandsgarantie auch BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter B. d.G.; BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. d.G.; zum Ganzen auch Zöllner, AöR 98, S. 82 ff.

746 Vgl. BAG v. 29.11.67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, unter VI. 3. d.G.; dazu auch Bauer/Röder, DB 84, S. 1096; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 15 u. S. 16.

747 Vgl. etwa BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. a, d.G., wo die ständige Werbung neuer Mitglieder als zur Erhaltung des Koalitionsbestandes notwendig angesehen wird; ähnl. auch BAG v. 14.2.67, BAGE 19, S. 222; BAG v. 11.11.68, BAGE 21, S. 207; BAG v. 23.2.79, AP Nr. 29 zu Art. 9 GG, unter 3. d.G.; BAG v. 26.1.82, AP Nr. 35 zu Art. 9 GG, unter III. 1. d.G.; vgl. dazu auch Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 741; Kammerer, AuR 84, S. 67; Lieb, Arbeitsrecht, S. 97.

748 Ob man die gerade erwähnte Garantie der Verbandserhaltung bzw. -sicherung der Koalitionsbestandsgarantie zuordnet oder mit Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 61 ff.; ders., Gruppenautonomie, S. 249 eine eigene Kategorie "Koalitionswohl" bildet - Koalitionsbestand u. Koalitionswohl bilden bei Säcker die institutionelle Garantie der kollektiven Koalitionsfreiheit -, kann hier dahinstehen. Das BVerfG hat jedenfalls bisher eine eigenständige Garantie des Koalitionswohls soweit ersichtlich nicht anerkannt; unrichtig daher Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 37, der die Koalitionswohlgarantie ohne jede Einschränkung neben den anerkannten Garantien nennt.

749 Vgl. BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. d.G.; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G.; Germelmann, Streikrecht, S. 30; Kammerer, AuR 84, S. 66; Säcker, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12, S. 30; Scholz, Grundrecht, S. 35; ders. in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 255. Eine genaue Begriffsbestimmung hat die Rechtsprechung bisher nicht vorgenommen, vgl. dazu die Analyse von Zöllner, AöR 98, S. 86 sowie Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 743.

dringend erforderlich wäre.[750,751] Anerkannt sind bisher die Kernbereiche verbandsmäßiger Gestaltung der Lohn- u. sonstiger materieller Arbeitsbedingungen[752], die verbandsmäßige Mitwirkung im Betriebsverfassungs- u. Personalvertretungswesen[753] sowie die verbandsmäßige Interessenvertretung;[754] ferner wird z.T. auch die verbandsmäßige Selbsterhaltung genannt.[755,756]

---

750 Vgl. in diesem Zusammenhang v.a. den Hinweis von Scholz, Grundrecht, S. 35 auf die gegenseitige Abhängigkeit von Koalitionswohl u. Koalitionsbetätigung. Vgl. auch Rüthers, ZfA 82, S. 245.

751 Vgl. dazu Säcker, Gruppenautonomie, S. 250, der die Bildung bzw. Formulierung von Unter-Kernbereichen für die bisher bestätigten Kernbereiche des Koalitionszwecks fordert. Vgl. auch Söllner, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 16, S. 27 (keine Identität von Koalitionszweck u. Lohn- bzw. Arbeitsbedingungen). Zur Schwierigkeit einer abschließenden Def. des Koalitionszwecks Germelmann, Streikrecht, S. 29; zu den möglichen Auslegungsalternativen des Begriffspaares Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen Beuthien, ZfA 84, S. 11 f.

752 Vgl. BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter C. 2. b, bb, d.G.; BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. I. 1. d.G.; BVerfG v. 24.5.77, AP Nr. 15 zu § 5 TVG, unter B. II. 1. b, aa, d.G.; BVerfG v. 20.10.81, AP Nr. 31 zu § 2 TVG, unter B. I. 1. d.G.; zust. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 148.

753 Vgl. BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, Lts. 2. sowie unter I. 2. b, d.G.; BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. c, d.G.; BAG v. 14.2.67, BAGE 19, S. 222 f.

754 Vgl. BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. a, d.G.; in anderem Zusammenhang auch BVerfG v. 19.7.66, AP Nr. 2 zu Art. 21 GG, unter C. IV. 1. d.G.

755 So Tettinger, Jura 81, S. 5. Systematisch sauberer ist aber wohl die Zuordnung dieses Bereichs zur Koalitionsbestandsgarantie, so zutr. Scholz, Grundrecht, S. 40.

756 Zum Inhalt der Koalitionszweckgarantie auch Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 40 ff.; ders., Gruppenautonomie, S. 250; Zöllner, AöR 98, S. 85 ff. Wichtig ist, daß Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen i.S.v. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG u. durch TV regelbare Arbeitsbedingungen nicht identisch sind, wie hier etwa Däubler, JuS 72, S. 645; Krejci, Aussperrung, S. 47. Zur Frage der Notwendigkeit eines aktiven Handelns der sozialen Gegenspieler bei der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen Herschel, AuR 84, S. 322.

Die Koalitionsbetätigungsgarantie betrifft die Vorgehensweise der Koalitionen zur Erreichung ihres Zwecks.[757] Nach richtiger Ansicht enthält die Koalitionsbetätigung, soweit sie die Erreichung des Koalitionszwecks betrifft, zwei voneinander zu unterscheidende Dimensionen, das Koalitionsverfahren u. die Koalitionsmittel.[758]

Das Koalitionsverfahren beinhaltet die Koalitionseinigung u. den Koalitionskampf als die beiden Grundtypen koalitionsgemäßer Betätigung. Es handelt sich jeweils um verfassungsrechtliche Kategorien, die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG unmittelbar gewährleistet werden.[759]

Im Gegensatz dazu werden die einzelnen Koalitionsmittel als arbeitsrechtliche Kategorien nicht unmittelbar gewährleistet;[760] ihre Konstruktion unterliegt vielmehr dem Koalitionsverfahren bzw. dem unterverfassungsrechtlichen Gesetzesrecht.[761] Die wichtigsten aber nicht die einzigen denkmöglichen Koalitionsmittel sind der TV - für die Koalitionseinigung - u. der Arbeitskampf - für den Koalitionskampf -;[762]

757 Vgl. etwa Scholz, Grundrecht, S. 40. Das BVerfG spricht von koalitionsgemäßer Betätigung zur Verwirklichung des Koalitionszwecks, vgl. nur BVerfG v. 19.10.66, AP Nr. 24 zu § 2 TVG, unter C. II. d.G. Zum engen systematischen Zusammenhang von Koalitionszweck u. Koalitionsbetätigung auch Konzen, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 8.12.78 u. BAG v. 23.2.79, AP Nr. 28 u. 29 zu Art. 9 GG, unter IV. 2.

758 Vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 148 ff.; ders., Grundrecht, S. 41; ähnl. wohl auch Richardi, BAG-Festschrift, S. 758.

759 Vgl. Scholz, Grundrecht, S. 40 f.; ebenso wohl auch Zechlin, NJW 85, S. 587. Zur Anwendbarkeit von Art. 9 Abs. 3 GG auch BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. c, (1) d.G.

760 Damit ist selbstverständlich noch nicht endgültig über den verfassungsrechtlichen Schutz des Arbeitskampfes entschieden.

761 Vgl. Scholz wie Fn. 759, S. 48; ähnl. wohl auch Bertelsmann, Aussperrung, S. 137. Das Koalitionsmittel TV ist - zumindest in wesentlichen Bereichen - durch das TVG konkretisiert worden, das Koalitionsmittel Arbeitskampf hat durch Richterrecht eine nähere Ausgestaltung erfahren, dazu bereits die Hinweise oben unter 1. (S. 231 f.).

762 Vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 149; ders., Grundrecht, S. 41 f., S. 44 u. S. 49; zum Koalitionskampf auch Tettinger, Jura 81, S. 5.

es gilt der Grundsatz der freien Wahl der Koalitionsmittel.[763]

Die zentrale Bedeutung des TV ist vom BVerfG bereits in seiner ersten einschlägigen Entscheidung anerkannt worden.[764] Wesentlicher Gesichtspunkt hierfür ist die Tarifautonomie, d.h. das mit Verfassungsrang versehene Recht der tariffähigen Verbände, frei von staatlichem Einfluß durch den Abschluß von TV die Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen zu regeln.[765] Die Tarifautonomie hat im Zusammenhang mit dem oben erwähnten Kernbereich "Lohngestaltung" - als Bestandteil der Koalitionsbetätigungsgarantie - die Zuerkennung der verfassungsrechtli-

---

763 Vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter III. 2. d, d.G.; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G.; Kammerer, AuR 84, S. 68. Ob dieser Satz auch im Hinblick auf Kampfmittel oder aber lediglich in bezug auf die Freiheit der Wahl der Kampftaktiken gilt - so Löwisch, ZfA 71, S. 334; zust. Richardi, NJW 78, S. 2062 - kann hier nicht näher untersucht werden; entscheidend ist aber, daß solche Überlegungen nicht zur Annahme eines numerus clausus der Arbeitskampfformen führen dürfen. Andernfalls würde die erforderliche Offenheit des Arbeitskampfsystems verkannt werden, die geradezu die Schaffung neuer Arbeitskampfformen durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber fordert, falls die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie dies verlangt. Außerdem darf in bezug auf die derzeit von der Rechtsordnung anerkannten Kampfformen - dazu noch näher unten unter f, aa, bbb, cccc, bbbbb, - kein Zwang auf die sozialen Gegenspieler zur Heranziehung der jeweils für den Gegner schonendsten Strategie ausgeübt werden; diese Forderung kann insbes. nicht unter Hinweis auf den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründet werden, vgl. Krejci, Aussperrung, S. 97 f.

764 Vgl. BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter C. 2. b, aa, d.G.; ferner BVerfG v. 24.5.77, AP Nr. 15 zu § 5 TVG, unter B. II. 1. b, aa, d.G.; BAG v. 4.5.55, BAGE 2, S. 77.

765 Vgl. Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 733; ähnl. auch BVerfG v. 24.5.77, AP Nr. 15 zu § 5 TVG, unter II. 1. b, aa, d.G.; Feucht, BB 82, S. 250; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 11; Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl., Rdnr. 1; wohl auch Blomeyer, DB 77, S. 103.

Zu dem der Rechtssetzung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zugrunde liegenden Autonomiebegriff näher Galperin, FS für Molitor, S. 145 ff.

766 BVerfG v. 19.10.66, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, unter C. I. d.G.; BverfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G.; BverfG v. 20.10.81, AP Nr. 31 zu § 2 TVG, unter B. I. 1. d.G.; BVerwG v. 10.5.84, DVBl 84, S. 954; wohl auch BAG v. 11.11.68, BAGE 21, S. 205; Badura, RdA 74, S. 131; Kraft, FS für G. Müller, S. 272; Krejci, Aussperrung, S. 45; Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 8; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 46; Reuter,

chen Gewährleistung erfahren.[766,767] Daraus folgt zwar nicht, daß das derzeit geltende, durch das TVG konkretisierte TV-System vollständig der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen wäre;[768] der gewährleistete Kernbereich erstreckt sich vielmehr nur auf die Schaffung eines funktionsfähigen Tarifsystems, dessen Partner frei gebildete Koalitionen sein müssen.[769] Darüberhinaus ist die Gewährleistung der Tarifautonomie für die Abgrenzung der Zuständigkeiten zur Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen zwischen dem Staat u. den TV-

---

FS für Hilger und Stumpf, S. 578; Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 111; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 69; ders., ZfA 82, S. 238; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 9, Rdnr. 15; Schmidt-Preuß, Zentralfragen, S. 183 f.; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 128 f.; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 11; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 22; Zöllner/Seiter, ZfA 70, S. 143 f. A.A. zu Unrecht Däubler/Hege, Koalitionsfreiheit, Rdnr. 216, die die Tarifautonomie offenbar nur auf der Ebene des einfachen Gesetzes (TVG) anerkannt sehen.

767 Zur systematischen Zuordnung der Tarifautonomie zur Koalitionsbetätigungsgarantie zutr. etwa Badura wie Fn. 766; Jahnke, Tarifautonomie, S. 30; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 188; Scholz, Grundrecht, S. 48; ders. in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 299. A.A. zu Unrecht Loritz, ZfA 82, S. 93 (Tarifautonomie als Koalitionsmittel; diese Auffassung geht m.E. deshalb fehl, weil nicht zwischen Koalitionsbetätigung u. Koalitionsmitteln unterschieden wird).

Zur fehlenden Beschränkung der Tarifautonomie auf Fragen verbandsmäßiger Lohngestaltung Rüthers, Tarifmacht, S. 17. Zur fehlenden Allzuständigkeit der TV-Parteien über das TVG hinaus BAG v. 26.9.84, DB 85, S. 343.

768 Zutr. daher Beuthien, ZfA 84, S. 9, der von einer Gewährleistung der Tarifautonomie nur in relativen Grenzen spricht.

769 Vgl. BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter C. 2. b, aa, d.G.; BVerfG v. 18.12.74, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG, unter C. II. 3. c, d.G.; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV., 1. d.G.; BVerfG v. 20.10.81, AP Nr. 31 zu § 2 TVG, unter B. I. 1. d.G.; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 745; Tettinger, Jura 81, S. 4; auch Zöllner, AöR 98, S. 88; im Ergebnis auch Blomeyer, DB 77, S. 103 f. (keine vollinhaltliche Konkretisierung der Tarifmacht durch Art. 9 Abs. 3 GG). Der einfache Gesetzgeber wäre daher ermächtigt, an die Stelle des derzeit geltenden Tarifsystems ein anderes zu setzen, wobei lediglich der gerade skizzierte Kernbereich unangetastet bleiben müßte, so zutr. Richardi, RdA 66, S. 247. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß die Wahrung u. Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen nicht nur durch ein Tarifsystem erfolgen kann, so deutlich BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 2. b, d.G.

Parteien bedeutsam.[770]

Wegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie u. der daraus resultierenden Verpflichtung des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers zur Schaffung eines funktionsfähigen Tarifsystems[771] kann daher m.E. der TV als durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG mittelbar gewährleistet angesehen werden, da er unverzichtbarer Bestandteil eines derartigen Tarifsystems ist.[772] Im Gegensatz zum TV findet man in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG keine vergleichbaren Ausführungen zum Arbeitskampf;[773] das Gericht ist vielmehr bisher ausdrücklich nur in anderem Zusammenhang auf dieses Koalitionsmittel

---

770 Vgl. BVerfG v. 24.5.77, AP Nr. 15 zu § 5 TVG, unter B. II. 1. b, bb, d.G.; Badura, RdA 74, S. 134 f.; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 745 f.; Zöllner, AöR 98, S. 94 f. sowie ausf. Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 122 ff. Die gegenüber den TV-Parteien subsidiäre Zuständigkeit des staatlichen Gesetzgebers zur Regelung von Entgelten u. sonstigen Arbeitsbedingungen kommt auch deutlich in § 1 des Gesetzes zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen (vgl. BGBl. 1952 I, S. 17) zum Ausdruck; wegen dieser subsidiären Zuständigkeit ist es m.E. voreilig, die Tarifautonomie ohne Einschränkungen durch einfachgesetzliche Regelung begrenzen zu wollen (so aber Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht 6. Aufl., S. 379: §§ 1, 2, 3 Abs. 1 BUrlG als Grenzen der Tarifautonomie).

Zur Bedeutung dieser Kompetenzabgrenzung auch bereits die Ausführungen oben § 1 (S. 188 ff.).

771 Dazu näher Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 71 f.; zu den Anforderungen an ein solches Tarifsystem auch Beuthien, ZfA 84, S. 9 f.

772 So zutr. Scholz, Grundrecht, S. 51 f. Damit ist noch nichts über die Intensität des verfassungsrechtlichen Schutzes ausgesagt, dazu näher unten unter e, aa,.

773 Insoweit zutr. Brodmann, Arbeitskampf, S. 52. Insbes. fehlen konkrete Aussagen über eine mögliche Gewährleistung des Arbeitskampfes durch Art. 9 Abs. 3 GG, vgl. Seiter, FS für G. Müller, S. 594; Zöllner, Aussperrung, S. 20; zum Ganzen auch Zöllner, AöR 98, S. 97 ff. Demgegenüber hat das BAG in neueren Entscheidungen Zusammenhänge zwischen Tarifautonomie u. Arbeitskampf hergestellt, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. I. d.G.

eingegangen.[774] Da jedoch der Arbeitskampf als wichtigstes Mittel des Koalitionskampfes anzusehen ist u. damit bezogen auf die Tarifautonomie auf einer mit dem TV vergleichbaren Stufe steht[775], bleibt zu untersuchen, ob nicht auch der Arbeitskampf als Bestandteil der Tarifautonomie mittelbar durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet wird.[776]

d) Tarifautonomie und Arbeitskampf

aa) Arbeitskampf als notwendiger Bestandteil der Tarifautonomie

Im neueren Schrifttum[777] sowie in der neueren Rechtsprechung des

---

774 Ausdrückliche Stellungnahmen des BVerfG zum Arbeitskampf finden sich v.a. zur Frage, ob die Arbeitskampfbereitschaft als Vor. für die Zuerkennung der Tariffähigkeit anzusehen ist, vgl. dazu insbes. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG sowie im einzelnen unten unter d, bb,. Vgl. demgegenüber die Ausführungen zur möglichen Verankerung der Aussperrung in Art. 9 Abs. 3 GG bei BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 1. d.G., die allenfalls den Charakter einer Andeutung haben; zur Bedeutung dieser Passage näher Rüthers, Aussperrung, S. 26.

775 Zum engen Zusammenhang zwischen TV u. Arbeitskampf auch Germelmann, Streikrecht, S. 28 u. Krejci, Aussperrung, S. 47 f.

776 Ob u. wie der Arbeitskampf aus der Koalitionsbetätigungsgarantie abgeleitet werden kann, muß nach wie vor als weitgehend offen u. nicht hinreichend geklärt angesehen werden, vgl. nur Germelmann wie Fn. 775, S. 23 mit Hinweisen auf die schwankende Rechtsprechung v.a. des BAG.

777 Vgl. Bertelsmann, Aussperrung, S. 137; Binkert, AuR 79, S. 237; Brodmann, Arbeitskampf, S. 44 ff., insbes. S. 47 ff.; Lieb, Arbeitsrecht, S. 100; Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 8; von Münch, Jura 79, S. 30 f.; ders., in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 46; Richardi, BAG-Festschrift, S. 447; Rüthers, Streik, S. 19 ff.; ders., Aussperrung, S. 24 ff.; Säcker, Gruppenautonomie, S. 251 f.; ders., Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12, S. 40 ff., insbes. S. 44 ff.; Seiter, FS für G. Müller, S. 594 f.; Schaub, Handbuch, S. 1136; Schmid, Grundzüge, S. 207 u. 218 (allerdings z.T. mit Begründung über Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG); Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 321 ff.; Tettinger, Jura 81, S. 30 f.; Zöllner, AöR 98, S. 97 ff.; ders., Aussperrung, S. 19 f.; ders., Arbeitsrecht, S. 363; wohl auch Herschel, Arbeitsrecht, S. 16. Für den Streik ferner Brede/Etzel, Arbeitsrecht, S. 133; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 758 ff.; Germelmann, Streikrecht, S. 26 f.; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 95 f.

BAG[778] wird die Frage nach der Gewährleistung des Arbeitskampfes durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG jedenfalls im Ergebnis bejaht. Zur Begründung werden verschiedene Argumente angeführt. Insbes. wird die enge Verbindung von TV u. Arbeitskampf betont. Das Zustandekommen von TV würde, wenn nicht gar unmöglich gemacht, so doch sehr erschwert werden, wenn keine Möglichkeit bestünde, den sozialen Gegenspieler zum Nachgeben gegenüber den gestellten Forderungen zu bewegen.[779] Wegen des Grundsatzes der Freiheit der Wahl der Koalitionsmittel ist der Arbeitskampf zwar nicht das einzig mögliche Mittel zur Durchsetzung der gestellten Forderungen;[780] hinzuweisen ist aber darauf, daß die primär anstelle eines Arbeitskampfes zur Anwendung kommenden Schlichtungsverfahren[781] problematisch sind. Einerseits wird eine Zwangsschlichtung i.S. eines Unterwerfungszwangs der Koalitionen ganz überwiegend als mit der Gewährleistung der Tarifautonomie unvereinbar angesehen[782], andererseits führen freiwillige Schlichtungsverfahren

---

778 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. I. d.G.; vgl. auch bereits BAG v. 4.5.55, BAGE 2, S. 77; BFH v. 3.10.70, AP Nr. 42 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. d.G.; aus der instanzgerichtlichen Rechtsprechung z.B. LAG Frankfurt v. 5.6.84, NZA 84, S. 129.

779 Vgl. etwa BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf, unter A. I. 2. d.G.; Brodmann, Arbeitskampf, S. 50; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 758; Germelmann, Streikrecht, S. 27 f.; Lieb, Arbeitsrecht, S. 100; von Maydell, JZ 80, S. 434; Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 112 f. (Arbeitskampf als Funktionsvor. der Tarifautonomie); Zöllner, AöR 98, S. 97; ders., Aussperrung, S. 19 f.; im Ergebnis auch Herschel, RdA 83, S. 365. Vgl. auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 70, der den Arbeitskampf sehr anschaulich als "Hilfsinstrument der Tarifautonomie" bezeichnet.

780 Zu diesem Grundsatz bereits oben unter c, (S. 268 f. sowie die Nachw. in Fn. 763).

781 Zu Begriff u. Inhalt der Schlichtung ausf. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 722 ff.

782 Vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. III. 2. a, d.G.; BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. I. d.G.; auch Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 180 f. Fn. 287; Bertelsmann, Aussperrung, S. 135; Brodmann, Arbeitskampf, S. 50; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 61; Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 8; Rüthers, Gedächtnisschrift für Dietz, S. 313; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 80; ders., Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12, S. 42; Schneider, RdA 82, S. 105; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 285; Seiter, FAZ v. 2.3.85, Nr. 52, S. 15; Söllner, Arbeitsrecht, S. 82 u. S. 117; Wohlgemuth, Staatsein-

erfahrungsgemäß nicht ohne weiteres zu den angestrebten bzw. zu für beide Seiten befriedigenden oder zumindest tragbaren Ergebnissen.[783] Auch die Möglichkeit, ohne Arbeitskampf Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben oder Einfluß zu nehmen[784], wird insbes. dann nicht zum Erfolg führen, wenn die jeweiligen Ausgangspunkte - Forderung u. Angebot - der sozialen Gegenspieler sehr weit auseinanderliegen.[785] Daher ist es plausibel, wenn der Arbeitskampf zwar als nicht in jeder einzelnen Tarifauseinandersetzung notwendig[786], gleichwohl aber als

---

griff, S. 177 f.; Zöllner, AöR 98, S. 97; ders., Aussperrung, S. 20. Eine Ausnahme wird vereinzelt für extreme Situationen gemacht, dazu näher Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 57; Schaub, Handbuch, S. 1161; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 285.

783 Als jüngstes Beispiel hierfür mag die Tarifauseinandersetzung von 1983 im öffentlichen Dienst gelten, wo die große Tarifkommission der Gewerkschaft ÖTV bei der ersten Abstimmung den Schlichtungsvorschlag bekanntlich ablehnte.

784 Vgl. hierzu den Hinweis von Scholz, Grundrecht, S. 44. Es soll hier nicht bestritten werden, daß die Koalitionen in dieser Richtung über geeignete Mittel verfügen und diese u.U. auch erfolgreich zur Erreichung ihrer Ziele einsetzen können, zumal die sog. soziale Mächtigkeit als Vor. für die Zuerkennung der Tariffähigkeit anerkannt ist, vgl. nur BAG v. 14.3.78, AP Nr. 30 zu § 2 TVG, Lts. sowie unter III. 2. u. 3. d.G.; BAG v. 1.2.83, DB 83, S. 1661; Buchner, BAG-Festschrift, S. 59 f. Dies kann aber nicht zu einem Verzicht auf den Arbeitskampf führen, vielmehr wird man den Arbeitskampf als die wirkungsvollste Möglichkeit zur Druckausübung ansehen müssen. Zum Zusammenhang zwischen Arbeitskampfbereitschaft u. Fähigkeit zur Druckausübung noch näher unten unter bb,.

785 Hinzuweisen ist hier insbes. auf das tarifpolitische Ziel der Gewerkschaften, eine Verkürzung der Wochenarbeitszeit zu erreichen. Der bereits 1978 in der Eisen- u. Stahlindustrie begonnene Versuch, die 35-Stunden-Woche zumindest sukzessive einzuführen, war mit einem 6-wöchigen Arbeitskampf verbunden, zum Ganzen etwa Esser, der ag 79, S. 56 f.

786 So von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 46; Scholz, Grundrecht, S. 44; Tettinger, Jura 81, S. 6. Dieser Auffassung ist zwar zuzugeben, daß das Gros der TV durch friedliche Übereinkunft zustande kommt, so zutr. Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 255, gleichwohl aber die Drohung mit dem Arbeitskampf immer latent vorhanden ist - vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. III. 1. d.G.; Reuß, RdA 64, S. 365 - u. bereits dadurch Druck auf den sozialen Gegenspieler ausgeübt wird, so zutr. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2. a, d.G.

typische koalitionsgemäße Betätigung[787] zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des derzeit bestehenden Tarifsystems u. damit auch der Tarifautonomie als notwendig bzw. erforderlich angesehen wird.[788,789] Dies gilt jedenfalls für die Wahrung u. Förderung der materiellen Arbeitsbedingungen, die wohl auch in der Zukunft das wichtigste Betäti-

---

787 Vgl. von Münch, Jura 79, S. 30; ders., in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 46; Tettinger, Jura 81, S. 6.

788 So etwa BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2. sowie unter IV. 3. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2. d.G.; BAG v. 12.9.84, DB 84, S. 2568; LAG München v. 19.12.79, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 35, unter C. II. 5. a, d.G.; Bertelsmann, Aussperrung, S. 135; Brodmann, Arbeitskampf, S. 50; Däubler, Streik, S. 70; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 758; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 60 f.; Richardi, Anm. zu BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II.; ders., NJW 78, S. 2065; ders., BAG-Festschrift, S. 447; ders., FS Deutsche Richterakademie, S. 112 f.; Rüthers, Aussperrung, S. 24; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 69 f.; ders., ZfA 82, S. 239; ders., NJW 84, S. 207; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 81 f.; Seiter, FS für G. Müller, S. 594; ders., JZ 83, S. 776; Weiss, AuR 84, S. 97 u. S. 101. Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 8 bezeichnet den Arbeitskampf sogar als unerläßlichen Bestandteil der Tarifautonomie. Zum Verhältnis zwischen "unerläßlich" u. "notwendig" näher Otto, Gutachten, S. 52. Zu Inhalt u. Bedeutung der Unerläßlichkeitsformel ausf. unten unter f,. Gegen diese enge Verknüpfung des Arbeitskampfes mit der Tarifautonomie Mückenberger, BlStSozArbR 80, S. 243; zust. Gester/Wohlgemuth, FS für Herschel 1982, S. 118. Diese Kritik kann m.E. nicht überzeugen; insbes. wird nicht gesehen, daß die Tarifautonomie nur ein Element im Hinblick auf den Koalitionszweck darstellt. Selbstverständlich enthält die Wahrung u. Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen noch andere Kernbereiche (oben unter c, S. 267), nur bedarf es zur Erfüllung der darunter fallenden Aufgaben eben nicht des Arbeitskampfes; vielmehr stehen den Koalitionen hier andere Mittel zur Verfügung (vgl. etwa die im BetrVG bzw. BPersVG enthaltenen Rechte zugunsten der Gewerkschaften).

789 Dies gilt jedenfalls grundsätzlich für Streik u. Aussperrung, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2. d.G.; Scholz, BAG-Festschrift, S. 533 f.; Seiter, FS für G. Müller, S. 594 f.; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 363. Ob auch der Boykott mit einzubeziehen ist, kann hier dahingestellt bleiben, da diese Arbeitskampfmaßnahme im Rahmen des hier zu behandelnden Themas ohnehin keine Rolle spielt; zu den Gründen hierfür näher unten f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

gungsfeld der TV-Parteien bilden werden.[790] Eine teleologische Auslegung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG führt zur Bestätigung dieses Ergebnisses.[791]

Trotz der Zurückhaltung des BVerfG, zur gerade behandelten Frage ausdrücklich Stellung zu nehmen[792], lassen sich einigen Ausführungen dieses Gerichts zumindest Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß es bei Entscheidungserheblichkeit dieses Problems den Arbeitskampf ebenfalls als durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet ansehen würde.[793] Dies gilt insbes. für den Hinweis auf die Bedeutung des Arbeitskampfes in der Erwerbswirtschaft.[794]

Der gerade skizzierten Auffassung ist m.E. zuzustimmen. Wenn Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG die Tarifautonomie in einem Kernbereich gewährleistet u. daher den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber die Verpflichtung zur Schaffung eines Tarifsystems mit bestimmten Merkmalen trifft[795], dann muß eine derartige Verpflichtung auch im Hinblick auf ein Arbeitskampfsystem angenommen werden.[796] Andernfalls wäre zu befürchten, daß die sozialen Gegenspieler den ihnen zur autonomen Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen überlassenen Spielraum in praxi gar nicht ausfüllen könnten, da sie die angestrebten TV mangels

---

790 Zu den verschiedenen anerkannten Kernbereichen innerhalb des Koalitionszwecks bereits oben unter c, (S. 266 f.). Es bedarf hier keiner näheren Darlegung, daß außerhalb des Kernbereichs der Gestaltung des Lohnes u. der sonstigen materiellen Arbeitsbedingungen der Arbeitskampf i.a. nicht das geeignete Mittel zur Erreichung der einzelnen Koalitionszwecke sein wird.

791 Dazu ausf. Brodmann, Arbeitskampf, S. 47 ff.

792 Vgl. bereits oben S. 271 f. sowie die Nachw. in Fn. 773 f.

793 Vgl. im einzelnen Brodmann wie Fn. 791, S. 53 u. S. 54; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 60; Seiter, Streikrecht, S. 84; ders., FS für G. Müller, S. 594; Zöllner, AöR 98, S. 97 ff.; zurückhaltender aber ders., Aussperrung, S. 20. Für verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfes auch Schwerdtner, Jura 85, S. 22.

794 Vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. III. 1. d.G.

795 Dazu bereits oben unter c, (S. 270 u. Fn. 769).

796 So zutr. Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 83 ff.; ders., Gruppenautonomie, S. 251 f.; ders., Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12, S. 41 f.; zust. Raiser, Aussperrung, S. 52 ff.; Kuhlers, Aussperrung, S. 25.

geeigneter Instrumente bzw. Mittel jedenfalls in manchen Fällen nicht zum Abschluß bringen könnten.[797] Die Nichtregelung elementarer Fragen durch TV müßte aber in letzter Konsequenz den Gesetzgeber auf den Plan rufen, was jedoch mindestens zu starken Beschränkungen, wenn nicht gar zur völligen Aushöhlung der Tarifautonomie führen würde. Eine solche Entwicklung wäre zudem bei Zugrundelegung der Kernbereichslehre wohl nicht mehr verfassungsgemäß.[798]

Die Gewährleistung des Arbeitskampfes muß weiterhin nach denjenigen Grundsätzen konkretisiert werden, die auch für den TV gelten.[799] Dies folgt aus den engen Verbindungen zwischen beiden Koalitionsmitteln. Letztlich sind TV u. Arbeitskampf nämlich nur zwei unterschiedliche, sich häufig jedoch ergänzende Mittel zur Ausfüllung u. Wahrnehmung der aus der Tarifautonomie fließenden Befugnisse. Ist daher das derzeit geltende Tarifsystem nur in einem Kernbereich durch das GG gewährleistet, so muß diese Einschränkung auch für das derzeit geltende Arbeitskampfsystem gelten.[800] Daraus sind folgende zwei Folgerungen abzuleiten.

---

797 Gegen diese These kann auch nicht das bereits in anderem Zusammenhang erwähnte Argument eingewendet werden, der Arbeitskampf würde in der BRD zahlenmäßg im Hinblick auf die abgeschlossenen TV nur eine unbedeutende Rolle spielen, in diesem Sinne etwa Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 255. Wie sich aus der amtlichen Statistik insbes. im Vergleich zu anderen Staaten ergibt, trifft dies zwar vordergründig zu, andererseits ist es ein Faktum, daß es in der Vergangenheit immer wieder tarifpolitische Auseinandersetzungen gab, in deren Verlauf auch Arbeitskämpfe stattfanden. Für eine Änderung dieser Verhältnisse in der Zukunft sind keine Anhaltspunkte erkennbar; die vom BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. III. 1. d.G. apostrophierte Sozialpartnerschaft, die zu einer i.d.R. friedlichen Austragung der tarifpolitischen Gegensätze führen soll, wird v.a. aufgrund des nach wie vor bestehenden Interessengegensatzes zwischen Arbeit u. Kapital in der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung wohl Wunschdenken bleiben; wie hier etwa Reuß, RdA 64, S. 366. Daher kommt es der Realität wohl näher, wenn wie in dieser Arbeit nicht von Sozialpartnern, sondern von sozialen Gegenspielern gesprochen wird.

798 Diese Feststellung kann getroffen werden, ohne an dieser Stelle näher auf den Inhalt der Kernbereichslehre eingehen zu müssen.

799 Wie hier Rüthers, Aussperrung, S. 25 f.

800 Zur Begründung für die fehlende Gewährleistung des Arbeitskampfsystems in seiner derzeitigen Ausprägung z.B. Scholz, Paritätische Mitbestimmung, S. 107 (offener Charakter von Art. 9 Abs. 3 GG).

Da das Tarifsystem in seiner derzeitigen, durch das TVG konkretisierten Ausprägung nicht vollständig als gesetzesfest angesehen werden kann[801], müssen auch die z.Zt. bei tarifpolitischen Auseinandersetzungen in Erscheinung tretenden Arbeitskampfmittel u.U. auf diesem Weg eingeschränkt oder sogar für unzulässig erklärt werden können, wenn auch ohne sie das Tarifsystem u. damit die Tarifautonomie funktionsfähig bleibt. Andererseits muß auch Offenheit gegenüber zukünftigen, neuen Entwicklungen von Arbeitskampfformen bestehen, wenn solche zur Erhaltung u. Sicherung dieser Funktionsfähigkeit erforderlich sind.[802,803]

---

801 So deutlich BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 2. b, d.G.

802 Wie hier etwa Bertelsmann, Aussperrung, S. 137; Pietras, Arbeitskampf, S. 53; Rüthers, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 37, unter B. I. 4. e,; grundsätzlich auch Krejci, Aussperrung, S. 45 f.; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 363; wohl auch Däubler, Streik, S. 79; vgl. in diesem Zusammenhang auch Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 129 f., die den verfassungsrechtlichen Schutz einzelner Koalitionsmittel nach deren funktionstypischer Bedeutung bestimmen wollen. Daraus kann sehr wohl abgeleitet werden, daß einzelnen Arbeitskampfformen, die sich im Laufe der Zeit als besonders geeignet erwiesen haben, in tarifpolitischen Auseinandersetzungen wirksam Druck auf den sozialen Gegenspieler auszuüben, ein besonderer Schutz vor gesetzgeberischen Eingriffen zukommen muß. Wie weit die Befugnisse des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers gehen, muß für die verschiedenen Arbeitskampfformen unter Berücksichtigung der Kernbereichslehre jeweils gesondert entschieden werden. Die gerade skizzierten Zusammenhänge zeigen auch die Richtigkeit der oben unter c, (S. 268) eingeführten Unterscheidung zwischen Koalitionsverfahren sowie Koalitionsmitteln; während dem Koalitionsverfahren ein absoluter Grundrechtsschutz zukommt, sind einzelne Koalitionsmittel nur relativ geschützt, vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 120.

803 Daher ist es beispielsweise verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden, daß das BAG in den Aussperrungsurteilen v. 10.6.80 den Einsatz dieser Arbeitskampfmaßnahme gegenüber der früheren Rechtslage unter Präzisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an engere Vor. gebunden hat; dazu näher z.B. Löwisch/Mikosch, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, Entscheidungen 7, unter III. 1.; Mayer-Maly, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64-66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 7 R.f.; Rüthers, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 37, unter B. II. 2.; Seiter, RdA 81, S. 82 ff. Vgl. dazu auch Konzen, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 8.12.78 u. BAG v. 23.2.79, AP Nr. 28 u. 29 zu Art. 9 GG, wonach die Koalitionsbetätigung vom Koalitionszweck her zu interpretieren sei, so daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG keinen umfassenden Handlungsspielraum der Koalitionen garantiere. Folgerichtig soll dies entsprechend für den Streik gelten; auch eine Einschränkung dieser Arbeits-

Obwohl die Befugnisse des einfachen Gesetzgebers nicht unbeschränkt sind, sondern am Kernbereich des Arbeitskampfsystems ihre Grenze finden[804], kann an dieser Stelle der Untersuchung noch nicht endgültig entschieden werden, ob durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG lediglich die Arbeitskampffreiheit anerkannt wird, oder ob darüberhinaus ein Recht auf kampfweise Betätigung gesetzesfest gewährleistet wird.[805] Der gegen Eingriffe von seiten des einfachen Gesetzgebers geschützte Kernbereich des Arbeitskampfsystems spricht zwar auf den ersten Blick deutlich zugunsten der zweiten Alt., andererseits wird aber vereinzelt die Auffassung vertreten, die Schrankentrias von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG sei auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG jedenfalls entsprechend anzuwenden.[806] Die Tragfähigkeit dieser eben nur skizzierten Konstruktion muß wohl letztlich über die aufgezeigten Alt. entscheiden, da für den Fall der Berücksichtigung der Schrankentrias das Arbeitskampfsystem letztlich doch nahezu vollständig der Disposition durch den einfachen Gesetzgeber unterliegen würde.[807]

---

kampfmaßnahme durch Gesetzgeber bzw. Rechtsprechung wäre daher verfassungsrechtlich unbedenklich. In bezug auf neue Formen des Arbeitskampfes sei nur auf die Fragen im Zusammenhang mit der sog. Neuen Beweglichkeit, die erstmals im Frühjahr 1981 praktiziert wurde, hingewiesen. Vgl. zum Streitstand bezüglich der Zulässigkeit dieser Arbeitskampfform etwa Seiter, JZ 83, S. 774 ff.; zum Ganzen noch näher unten unter f, aa, bbb, cccc, bbbbb, (2.).

804 Nach Auffassung des BAG würde z.B. ein undifferenziertes Verbot der suspendierenden Abwehraussperrung in den geschützten Kernbereich eingreifen, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. III. 2. d.G.

805 A.A. LAG Hamm v. 26.4.79, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 31, Lts. 1. u. 2. sowie unter II. 1. d.G. (unter Beschränkung auf die Aussperrung); Söllner, Arbeitsrecht, S. 81, die eine verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfes ablehnen und nur Arbeitskampffreiheit anerkennen wollen. Die Auffassung des LAG beruht offensichtlich auf einer Verkennung des Inhalts der Kernbereichslehre.

806 Dazu näher unten unter f, bb, ccc,.

807 Zu den Auswirkungen von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG auf mögliche Einschränkungen des Arbeitskampfes bereits oben unter a, (S. 244 f.).

Aus den bisherigen Überlegungen kann somit nur abgeleitet werden, daß der Arbeitskampf als notwendiger Bestandteil der Tarifautonomie mittelbar in den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG fällt.[808] Die neuere Arbeitskampf-Rechtsprechung des BAG[809] ist daher insoweit verfassungsgemäß. Der Umfang der Gewährleistung[810] sowie die inhaltliche Ausgestaltung, insbes. die Rechtsnatur sowie die Rechtsträger eines Rechts auf kampfweise Betätigung sind damit noch nicht festgelegt; auf diese Fragen ist daher an anderer Stelle noch zurückzukommen.[811]

---

808 Wie hier BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 1. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. II. 1. d.G.; Bertelsmann, Aussperrung, S. 137; Löwisch/Mikosch, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, Entscheidungen 7, unter I.; Mayer-Maly, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64-66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 6; wohl auch Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 8; wohl auch Rüthers, Aussperrung, S. 24; ebenso für den Streik Däubler, Arbeitsrecht, S. 128; wohl auch Germelmann, S. 28. Unzutr. Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 95 (unter Beschränkung auf den Streik) u. wohl auch Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 85; ders., Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 12, S. 42, die von einer unmittelbaren Gewährleistung durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ausgehen. Möglicherweise ist dieser Ansatz auf die Nichtberücksichtigung der Diff. zwischen Koalitionsverfahren u. Koalitionsmitteln zurückzuführen, dazu näher oben unter c, (S. 268). Da in dieser Arbeit selbstverständlich vom derzeitigen Tarifsystem ausgegangen werden muß, besteht zwar in der dogmatischen Konstruktion, nicht jedoch im Ergebnis ein Unterschied zwischen den beiden vertretenen Auffassungen, da auch im Falle der unmittelbaren Gewährleistung des Arbeitskampfes die Kernbereichslehre Berücksichtigung finden müßte. Zur möglichen Ableitung eines Rechts auf kampfweise Betätigung unmittelbar aus dem Koalitionsrecht oder mittelbar aus der Tarifautonomie Seiter, Streikrecht, S. 84.

809 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. d.G.

810 So zutr. Zöllner, AöR 98, S. 99 (zur Frage des Umfangs).

811 Zur Rechtsnatur des Rechts auf kampfweise Betätigung näher unten unter e, bb,; zu Umfang u. Grenzen dieses Rechts im einzelnen unter f,.

bb) Arbeitskampf und Tariffähigkeit

Zur Stützung der gerade entwickelten Auffassung kann m.E. zusätzlich der Zusammenhang zwischen der Tariffähigkeit u. dem Kriterium der sog. Arbeitskampfbereitschaft herangezogen werden.[812]

Das TVG stellt in § 2 Abs. 1-3 TVG lediglich klar, welche Vereinigungen bzw. Personen tariffähig sind.[813] Dagegen fehlt eine Def. dieses Begriffs sowie eine Auflistung der hierfür im einzelnen erforderlichen Vor.[814] Unter "Tariffähigkeit" soll hier allgemein die Befugnis zur Setzung von Rechtsnormen durch Vereinbarung mit dem sozialen Gegenspieler verstanden werden.[815] Die Tariffähigkeit gewährt somit das Recht, Partei eines TV zu sein bzw. zu werden.[816] Die Rechtsnatur dieses Rechts wird sehr unterschiedlich beurteilt.[817] Die Verbindung zwischen Tariffähigkeit u. Tarifautonomie besteht darin, daß der den Koalitionen überlassene Raum zur autonomen Gestaltung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen durch TV die Existenz bzw. Anerkennung von

---

812 Zu diesem Zusammenhang auch von Maydell, JZ 80, S. 434.

813 Die Aufzählung ist allerdings nicht abschließend, da auch Handwerksinnungen u. -verbände tariffähig sind, vgl. etwa Herschel, Arbeitsrecht, S. 34; Nipperdey/Säcker, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II A, unter I. 2. sowie bereits der Hinweis oben unter c, (S. 258 f. u. Fn. 711).

814 Dies gilt auch für diejenigen Bestimmungen, die den Begriff "Tariffähigkeit" erwähnen, dazu näher Wiedemann/Stumpf, TVG, § 2, Rdnr. 5. Unstr. ist lediglich, daß das Vorliegen der Tariffähigkeit bestimmte Mindesterfordernisse verlangt, vgl. etwa BAG v. 21.11.75, AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG 1972.

815 Vgl. z.B. BVerfG v. 19.10.66, AP Nr. 24 zu § 2 TVG, unter I. (Tb); Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 237; Nipperdey/Säcker wie Fn. 813, unter I. 1. a,; Richardi, Kollektivgewalt, S. 129 u. S. 130; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 2, Rdnr. 6. Auf einzelne Nuancen dieser Definitionsversuche kommt es hier nicht an; gemeinsam ist allen jedenfalls der Hinweis auf die Schaffung normativer Vereinbarungen.

816 So deutlich z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 421; Nikisch wie Fn. 815, S. 236; Nipperdey/Säcker wie Fn. 813, unter I. 1. a,; auch Söllner, Arbeitsrecht, S. 130.

817 Vgl. zu den verschiedenen vertretenen Auffassungen die Übersichten bei Richardi, Kollektivgewalt, S. 128 ff. sowie von Stebut, FS für Hilger und Stumpf, S. 664 jeweils m.w.N. Eine Stellungnahme hierzu ist im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich.

tariffähigen Verbänden erfordert, da nur solche diese Aufgabe auch zuverlässig bewältigen können.[818]

Da Koalitionen u. tariffähige Verbände nach richtiger Ansicht nicht deckungsgleich sind[819], bedarf es zur Zuerkennung der Tariffähigkeit im Vergleich zum Koalitionsbegriff anderer Vor.[820,821] Im hier interessierenden Zusammenhang ist diesbezüglich lediglich die Frage von Bedeutung, ob auch die Arbeitskampfbereitschaft bzw. -willigkeit zu diesen Vor. zu zählen ist, d.h. ob Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG den Gesetzgeber konkret verpflichtet, ein Tarifsystem zur Verfügung zu stellen, dessen Partner nicht nur frei gebildete, sondern auch arbeitskampfbereite Koalitionen sein müssen.

Verbindungen zwischen Arbeitskampfbereitschaft u. der Stellung des Arbeitskampfes im GG sind bisher derart hergestellt worden, daß die Arbeitskampfbereitschaft in einer wenn-dann-Beziehung nur als dann-Komponente aufgetreten ist. So hat der Beschwerdeführer in der sog.

---

818 So etwa BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. II. 1. d.G.

819 Dazu bereits oben unter c, (S. 258 f.).

820 Die exakte Festlegung dieser zusätzlichen Vor. ist dabei Sache des einfachen Gesetzgebers, vgl. BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, Lts. 3. sowie unter C. 2. b, bb, d.G.; BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG, unter II. 1. d.G.

821 Als zusätzliche Vor. werden v.a. genannt: Anerkennung des geltenden Tarif- u. Schlichtungsrechts - vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. II. 1. d.G.; BAG v. 15.11.63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG, unter 5. Nr. 10 d.G.; krit. hierzu Däubler, Anm. zu BAG v. 15.3.77, AuR 77, S. 287 -; Bereitschaft zum Abschluß von TV - vgl. BAG v. 15.11.63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG, unter 5. Nr. 9 d.G.; Schaub, Handbuch, S. 1111 -; Fähigkeit zur Ausübung von Druck u. Gegendruck - vgl. z.B. BAG v. 9.7.68, AP Nr. 25 zu § 2 TVG, unter 2. d.G.; BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, unter III. 4. d.G. -; Bereitschaft zum Arbeitskampf - vgl. insbes. BAG v. 6.7.56, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 3; BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG, unter II. 1. u. 2. d.G.; offen gelassen von BAG v. 15.11.63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG, unter 5. d.G. Hinzuweisen ist darauf, daß nicht immer deutlich zwischen Vor. des Koalitionsbegriffs u. solchen der Tariffähigkeit differenziert wird; dies gilt nicht nur für diejenigen, die jede Koalition für tariffähig halten - vgl. etwa Schaub, Handbuch, S. 1111 -, sondern auch für die zutr. Gegenmeinung - vgl. z.B. BAG v. 15.11.63, AP Nr. 14 zu § 2 TVG, unter 5. d.G.

Hausgehilfinnen-Entscheidung[822] behauptet, wenn das Streikrecht nicht verfassungsmäßig geschützt sei[823], dann könne auch die Bereitschaft zum Arbeitskampf keine Vor. der Tariffähigkeit sein.[824] MÜLLER behauptet, wenn der Arbeitskampf als unerläßlicher Bestandteil der Tarifautonomie gewährleistet sei, dann müßten sich diejenigen Verbände, die TV abschließen wollten, auch zum Arbeitskampf bekennen; andernfalls würden sie ein wesentliches Mittel zur Ausfüllung der Tarifautonomie von vornherein ablehnen.[825]

Aus einer Zusammenfassung dieser beiden gerade skizzierten Sätze läßt sich nun m.E. folgende Hypothese ableiten. Wird die Bereitschaft zum Arbeitskampf auf der Ebene des einfachen Gesetzes bzw. des Richterrechts als Vor. für die Tariffähigkeit gefordert, dann können daraus Rückschlüsse auf die Art u. Weise einer verfassungsrechtlichen Verankerung des Arbeitskampfes innerhalb des GG gezogen werden, denen mindestens indizielle Bedeutung zuzumessen ist.[826] Die zunächst noch sehr allgemein formulierte dann-Komponente dieser Hypothese kann noch weiter präzisiert werden. Ergibt die Untersuchung, daß die wenn-Komponente als erfüllt anzusehen bzw. wahr ist, dann muß der Arbeitskampf nicht nur grundsätzlich zulässig sein[827], sondern darf darüberhinaus jedenfalls nicht vollständig der Disposition des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers unterliegen. Andernfalls könnte etwa je nach den gerade bestehenden gesellschafts- u. sozialpolitischen Randbedingungen oder den besonderen Umständen eines Einzelfalles vom Erfordernis der Arbeitskampfbereitschaft ohne weiteres Abstand genommen werden. Es wäre also dann z.B. nicht zu beanstanden, wenn der unterverfassungsrechtliche Gesetzgeber nur solchen Koalitionen die Tariffähig-

---

822 Vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG.

823 Ob damit ein Streikrecht i.S. eines Rechts auf kampfweise Betätigung im hier verstandenen Sinne gemeint ist, kann allerdings nicht zweifelsfrei ermittelt werden.

824 Vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter A. III. 1. d.G.

825 Vgl. Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 9.

826 Zum engen Zusammenhang zwischen Arbeitskampfbereitschaft u. möglicher Gewährleistung des Arbeitskampfes durch das GG außer Müller wie Fn. 825 auch deutlich Zöllner, AöR 98, S. 98.

827 D.h. es müßte Arbeitskampffreiheit bestehen; zum Begriff bereits oben unter a, (S. 242 f.).

keit zuerkennt, die den Arbeitskampf als Koalitionsmittel gerade ablehnen. Es ist evident, daß auf diese Weise ein auf der Ebene des GG bestehendes Recht auf kampfweise Betätigung nicht nur völlig ausgehöhlt, sondern gleichsam in sein Gegenteil verkehrt werden würde. Um einen derart weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wirksam begrenzen zu können, bleibt aber nur die Möglichkeit, den Arbeitskampf im Grundsatz durch das GG in einem gewissen Umfang gesetzesfest zu gewährleisten.

Ob die wenn-Komponente der gerade aufgestellten Arbeitshypothese zutrifft, ist str. Bis zur Hausgehilfinnenentscheidung des BVerfG[828] vertrat das BAG[829] u. ein nicht unbeträchtlicher Teil der Lehre[830] den Standpunkt, die Arbeitskampfbereitschaft sei als Vor. der Tariffähigkeit anzusehen. Im folgenden bleibt zu untersuchen, ob die oben erwähnte Entscheidung des BVerfG insoweit zu einer Änderung der Rechtslage geführt hat.[831]

Das BVerfG hatte in der bezeichneten Entscheidung eine Verfassungsbeschwerde des Verbandes der Katholischen Hausgehilfinnen gegen einen BAG-Beschluß[832] als begründet angesehen. Das BAG seinerseits hatte eine Rechtsbeschwerde dieses Verbandes zurückgewiesen u. seine Tariffähigkeit verneint. Zur Begründung wurde vom BAG angeführt, daß die Verbandssatzung keinen Hinweis auf die Bereitschaft zum Arbeitskampf

---

828 Vgl. BVerfG wie Fn. 822.

829 Vgl. BAG v. 6.7.56, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 2; BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG, Lts. 2. sowie unter II. 1. u. 2. d.G.

830 Vgl. etwa Bürig, Anm. zu BAG v. 6.7.56, AP Nr. 11 zu § 11 ArbGG 1953, Bl. 3; Biedenkopf, Tarifautonomie, S. 148; Herschel, JZ 65, S. 85; Reuß, RdA 64, S. 362; Reuß bezeichnet diese Auffassung als herrschend. A.A. Bulla, Anm. zu BAG v. 19.1.62, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II, Entscheidungen 3, unter III.; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 441 ff. (allerdings fälschlich im Zusammenhang mit der Koalitionseigenschaft); Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, S. 375; Neumann-Duesberg, Anm. zu BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG, unter 2.

831 Diese Frage wird heute unterschiedlich beantwortet, vgl. etwa die entsprechenden Hinweise bei Schaub, Handbuch, S. 1111 u. Fn. 5 sowie bei Wiedemann/Stumpf, TVG, § 2, Rdnr. 189.

832 Vgl. BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG.

enthalte u. der Verband auch dann keinen Arbeitskampf führen würde, wenn kein anderes Mittel mehr übrig bliebe, um seine Aufgaben zu erfüllen.[833] Ferner liege keiner der Fälle vor, in denen das Fehlen der Arbeitskampfbereitschaft auf einer gesetzlichen Vorschrift beruhe oder sich aus dem Wesen des jeweiligen Berufes ergäbe.[834,835]

Das BVerfG bezog sich bei seiner gegenüber dem BAG abweichenden Auffassung v.a. darauf, daß Arbeitskampfbereitschaft jedenfalls für eine Koalition, die sich aus in Haushalten beschäftigten AN zusammensetzt, kein wesentliches Kriterium im Hinblick auf die Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen darstelle.[836] Die Forderung nach der Bereitschaft zum Arbeitskampf könne keine Allgemeingültigkeit für alle Berufe beanspruchen.[837] Ein vom BAG[838] behaupteter Zusammenhang zwischen Koalitionszweck, Ablehnung der Zwangsschlichtung u. dem Bekenntnis zum Arbeitskampf als ultima-ratio bestehe jedenfalls nicht generell.[839] Auch durch kampfunwillige Koalitionen abgeschlossene TV könnten zu einer Ordnung des Arbeitslebens beitragen.[840] Das Recht zum Arbeitskampf schließe nicht gleichzeitig auch die Pflicht zur Kampfbereitschaft mit ein.[841] Die Versagung der Tariffähigkeit allein wegen fehlender Kampfwilligkeit sei daher mit Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar.[842]

Die eben skizzierte Auffassung des BVerfG ist teilweise dahin verallgemeinert worden, daß es für die Zuerkennung der Tariffähigkeit gene-

---

833 Vgl. BAG wie Fn. 832, unter II. 3. d.G.

834 Vgl. BAG wie Fn. 832, unter II. 3. d.G.

835 Das BAG wie Fn. 832, unter II. 3. d.G. nennt als Beispiele hierfür Beamtenverbände u. Verbände abhängiger Ärzte.

836 Vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. I. 2. d.G.

837 Vgl. BVerfG wie Fn. 836, unter B. I. 3. d.G.

838 Vgl. BAG v. 19.1.62, AP Nr. 13 zu § 2 TVG, unter II. 2. d.G.

839 Vgl. BVerfG wie Fn. 836, unter B. III. d.G.

840 Vgl. BVerfG wie Fn. 836, unter B. III. 2., c, d.G.

841 Vgl. BVerfG wie Fn. 836, unter B. III. 2. d, d.G.

842 Vgl. BVerfG wie Fn. 836, unter B. IV. d.G.

rell nicht mehr auf das Kriterium der Arbeitskampfbereitschaft ankommen würde.[843] Gegen diese Behauptung spricht aber von vornherein, daß bereits in der Begründung des BVerfG deutlich zum Ausdruck gebracht wird, daß wohl nur in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden speziell gelagerten Fall auf das Erfordernis der Arbeitskampfbereitschaft verzichtet werden konnte.[844]

Auch der Hinweis auf die neuere Rechtsprechung des BAG zu den Vor. der Tariffähigkeit[845] kann m.E. zu keinem anderen Ergebnis führen. Zwar trifft es zu, daß dort die Arbeitskampfbereitschaft nicht mehr ausdrücklich genannt wird. Das BAG verlangt aber, daß ein tariffähiger Verband zur Ausübung von Druck u. Gegendruck fähig sein müsse, um die Wahrung u. Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen vornehmen zu können, insbes. um die Aufnahme von Tarifverhandlungen sowie den Abschluß von TV zu erreichen.[846] Dazu gehöre v.a. soziale Mächtig-

---

843 So z.B. Bulla, Anm. zu BVerfG v. 6.5.64, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II, Entscheidungen 3 a, vor I. sowie unter III. 4. c,; vgl. auch den entsprechenden Hinweis von Reuß, RdA 64, S. 362; im Ergebnis auch Mayer-Maly, RdA 79, S. 358 (der offenbar weder Arbeitskampfbereitschaft noch Fähigkeit zur Ausübung von Druck u. Gegendruck als Vor. der Tariffähigkeit für erforderlich hält).

844 Dies gilt insbes. für die Hinweise auf die Bedeutung des Arbeitskampfes in der Erwerbswirtschaft - vgl. BVerfG wie Fn. 836, unter B. III. 2. d.G. - sowie auf die grundsätzlich bestehenden Interessengegensätze zwischen den sozialen Gegenspielern, die allerdings für die Haushaltsberufe nur in stark abgeschwächter Form gelten würden - vgl. BVerfG wie Fn. 836, unter III. 2. c, d.G. -. Gegen eine generelle Übertragbarkeit der Grundsätze der Hausgehilfinnenentscheidung auch LAG Frankfurt v. 5.6.84, NZA 84, S. 129 (mit Hinweisen auf ähnl. gelagerte Fälle); Herschel, Anm. zu BAG v. 9.7.68, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II, Entscheidungen 7, unter 1.; Martens, Leitende Angestellte, S. 423; Reuß, RdA 64, S. 368.

845 Vgl. etwa BAG v. 23.4.71, AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG 1953; BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG; BAG v. 14.3.78, AP Nr. 30 zu § 2 TVG; BAG v. 1.2.83, DB 83, S. 1660 f.

846 So deutlich BAG v. 9.7.68, AP Nr. 25 zu § 2 TVG, Lts. 1. sowie unter 2. d.G.; BAG v. 23.4.71, AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG 1953, unter 1. d.G.; BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, unter II. 3. u. 4. d.G.; BAG v. 14.3.78, AP Nr. 30 zu § 2 TVG, Lts. sowie unter IV. 1. d.G. Diese BAG-Rechtsprechung kann als Fortführung der Rechtsprechung des BVerfG angesehen werden, wo in diesem Zusammenhang das Erfordernis zur sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens herausgestellt wurde, das die Zuerkennung der Tariffähigkeit von zusätzlichen Vor. abhängig mache, vgl. BVerfG v. 6.5.64, AP Nr. 15 zu § 2 TVG, unter B. I. 2. d.G.; zur Verbindung zwischen den Ausführungen von BVerfG u. BAG Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 218.

keit u. Leistungsfähigkeit einer Koalition.[847] Von den verschiedenen Dimensionen des Kriteriums der sozialen Mächtigkeit[848] interessiert hier nur dessen Beziehung zum Arbeitskampf. Um Druck auszuüben, soll es zwar nach Auffassung des BAG nicht auf die Durchführung eines konkreten Arbeitskampfes ankommen.[849] Andererseits wird aber davon auszugehen sein, daß jedenfalls dann, wenn alle sonstigen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Einflußnahme auf den sozialen Gegenspieler versagen, der Arbeitskampf als letztes Mittel zur Druckausübung anzusehen ist.

M.E. wird damit grundsätzlich am Erfordernis der Bereitschaft zum Arbeitskampf als ultima-ratio festzuhalten sein.[850] Der einzige Unterschied zur früheren Rechtslage ist darin zu sehen, daß die Arbeitskampfbereitschaft keine separate Vor. der Tariffähigkeit, sondern ein mögliches Mittel zur Ausübung von Druck u. Gegendruck ist. Nur in extremen Ausnahmefällen, wie dem oben herausgegriffenen Hausgehilfinnen-

---

847 Vgl. BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, unter II. 4. d.G.; BAG v. 14.3.78, AP Nr. 30 zu § 2 TVG, unter III. 3. d.G. Krit. hierzu Grunsky, Anm. zu BAG v. 15.3.77, JZ 77, S. 473 f. (keine Abhängigkeit der Tariffähigkeit einer AN-Koalition von ihrer Stärke).

848 Im einzelnen werden hier v.a. Autorität gegenüber dem sozialen Gegenspieler sowie den eigenen Mitgliedern u. Fähigkeit zur Erfüllung der gestellten Aufgaben aufgrund des organisatorischen Aufbaus genannt, wobei diese Kriterien im Zusammenhang zu sehen sind, vgl. BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, Lts. 5. sowie unter II. 5. d.G.; grundsätzlich auch BAG v. 14.3.78, AP Nr. 30 zu § 2 TVG, unter IV. 3. d.G.; vgl. dazu auch Buchner, BAG-Festschrift, S. 59 f.; Däubler, Anm. zu BAG v. 15.3.77, AuR 77, S. 287. Die Anzahl der Mitglieder soll demgegenüber nur von untergeordneter Bedeutung sein, vgl. BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, unter III. 1. d.G.

849 Vgl. BAG v. 9.7.68, AP Nr. 25 zu § 2 TVG, unter 2. d.G.; BAG v. 23.4.71, AP Nr. 2 zu § 97 ArbGG 1953, unter 1. d.G.; BAG v. 15.3.77, AP Nr. 24 zu Art. 9 GG, unter III. 1. d.G.; BAG v. 14.3.78, AP Nr. 30 zu § 2 TVG, unter III. 1. d.G.; auch BAG v. 21.11.75, AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG 1972, unter II. 1. a, d.G. (am Beispiel des Marburger Bundes).

850 Wie hier im Ergebnis BAG v. 16.11.82, DB 83, S. 1152 (Arbeitskampfwilligkeit eines Verbandes leitender u. außertariflicher Angestellter als Komponente der sozialen Mächtigkeit); Hagemeier, DB 84, S. 719. Zur Bedeutung des ultima-ratio-Prinzips für die Beurteilung der Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen noch unten unter f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

Fall wird eine von diesen Grundsätzen abw. Beurteilung angezeigt sein.

Der bestehende Zusammenhang zwischen Arbeitskampf u. Tariffähigkeit führt daher m.E. zur Bestätigung des oben[851] gewonnenen Ergebnisses. Im folgenden ist daher weiter vorläufig von der These auszugehen, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG grundsätzlich ein Recht auf kampfweise Betätigung gewährleistet, d.h. das Arbeitskampfrecht ist als auf der Ebene des GG verankert anzusehen.[852]

e) Rechtsnatur und Rechtsträger des Rechts auf kampfweise Betätigung

Die grundsätzliche Gewährleistung eines Rechts auf kampfweise Betätigung bedarf im folgenden zunächst einer Konkretisierung im Hinblick auf ihre verfassungsrechtliche Qualifikation. Es ist also zu erörtern, ob dieses Recht als Grundrecht oder nur als Einrichtungsgarantie ausgestaltet ist.[853] Diese Frage muß hier vorab geklärt werden[854], da sie für den weiteren Gang der Untersuchung in zweifacher Hinsicht Bedeutung gewinnt.

Einmal ist sie im Hinblick auf das Problem der Trägerschaft an diesem Recht relevant. Da in dieser Arbeit ausdrücklich von der Möglichkeit unterschiedlicher Anspruchssteller u. Anspruchsgegner bei der privatrechtlichen Haftung im Verhältnis zu kampfunbeteiligten Dritten ausgegangen wurde[855], ist zu prüfen, wer sich überhaupt ggf. auf das Recht auf kampfweise Betätigung berufen kann.[856,857]

---

851 Vgl. oben unter aa, (S. 280).

852 Zu noch möglichen Einschränkungen dieser These die Hinweise oben in Fn. 807.

853 Zur Begründung für diese Alt. bereits oben unter a, (S. 247 f.).

854 Systematisch verfehlt Brodmann, Arbeitskampf, S. 39 ff., der die Frage der Rechtsträgerschaft untersucht, obwohl er erkennbar von einer Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes ausgeht.

855 Vgl. dazu die Ausführungen oben 2. Teil (S. 60 f.).

856 Bedeutung gewinnt dieser Aspekt in erster Linie für die Anspruchsgegner, die möglicherweise das Recht auf kampfweise Betätigung in irgendeiner Form den gestellten Ansprüchen entgegensetzen können.

Ferner kann eine Einordnung der entweder bereits gewonnenen bzw. noch zu entwickelnden Grundsätze über das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht in das schuldrechtliche Haftungssystem erst vorgenommen werden, wenn vorher die Frage nach der Rechtsnatur des Rechts auf kampfweise Betätigung geklärt worden ist.[858]

aa) Rechtsnatur

aaa) Grundrecht oder Einrichtungsgarantie

Die gegenwärtig wohl als herrschend anzusehende Auffassung will den Arbeitskampf durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG lediglich als Einrichtungsgarantie gewährleistet wissen.[859] Die wichtigste Konsequenz dieser Anschauung besteht darin, daß lediglich ein völliges Verbot bzw. eine unzulässige Einschränkung des Arbeitskampfes durch den unterverfas-

---

857 Zur Frage der Rechtsträgerschaft gleich unter bb,.

858 Zu diesem Zusammenhang im einzelnen unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, III.

859 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2. d.G.; Bertelsmann, Aussperrung, S. 135 f.; Brodmann, Arbeitskampf, S. 40 u. S. 51 ff.; Brox, FS für Nipperdey 1965, S. 63; Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 17; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 918; Müller, AuR 72, S. 4; ders., DB 81, S. 93; ders., DB 81 (Beilage 7), S. 1; Reuß, AuR 72, insbes. S. 140; Rüthers, DB 68, S. 1950; ders., Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 10, S. 31; ders., Aussperrung, S. 29 u. S. 34 f. (unter besonderer Berücksichtigung der Notstandsklausel Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG); ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 37 ff.; ders., ZfA 82, S. 242; Schaub, Handbuch, S. 1136; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 36; Weireter, Sozialadäquanz, S. 54; Weitnauer, DB 70, S. 1640; für den Streik auch Lohse, Staatsnotstand, S. 81 u. Rüthers, Streik, S. 72; unklar Frowein, Gewährleistung der Aussperrung, S. 35 f. Zwischen den verschiedenen Autoren bestehen allerdings insoweit Meinungsunterschiede, als die Einrichtungsgarantie des Arbeitskampfes nicht nur aus Art. 9 Abs. 3 GG, sondern z.T. auch aus Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG bzw. einer Kombination aus beiden Rechtsgrundlagen abgeleitet wird, so zutr. Glückert, Arbeitskampfschutzklausel, S. 174. Soweit nicht ausschließlich Art. 9 Abs. 3 GG herangezogen wird, sind diese Auffassungen von der Konstruktion her abzulehnen, dazu bereits oben unter b, (S. 251 ff.).

sungsrechtlichen Gesetzgeber verfassungswidrig wäre[860], dieser aber ansonsten ein weitreichender Spielraum zugestanden wird. Diese Sichtweise steht durchaus mit dem Inhalt der Lehre von den Einrichtungsgarantien im Einklang, die primär auf die Gewährleistung von Lebensordnungen lediglich in ihrer wesentlichen Struktur ausgerichtet ist[861] u. nicht unmittelbar auf den Schutz subjektiver Rechte abzielt.[862] Um die Haltbarkeit dieser These überprüfen zu können, bedarf es keiner detaillierten Auseinandersetzung mit den im Zusammenhang mit Grundrechten u. Einrichtungsgarantien problematischen verfassungsrechtlichen Grundlagenproblemen, die v.a. die verschiedenen Funktionen von Grundrechten[863] sowie die Entwicklungsrichtungen des sog. institutionellen Verfassungsverständnisses[864] betreffen.

Die Vertreter der h.M. begründen ihre Auffassung zunächst mit dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Dieser biete keinen Anhaltspunkt für eine Verankerung des Arbeitskampfes als Grundrecht.[865] Daran ist richtig, daß der Arbeitskampf nur in der nachträglich eingefügten Notstandsklausel erwähnt wird, der nach der hier vertretenen Auffas-

---

860 So deutlich Hueck/Nipperdey wie Fn. 859; Rüthers, Aussperrung, S. 25. Allerdings wird aus deren Ausführungen nicht hinreichend deutlich, wie weit Einschränkungen konkret zulässig sein sollen. Hinzuweisen ist darauf, daß sich diese Sichtweise im Ergebnis kaum von jenem Ansatz unterscheidet, der ein Recht auf kampfweise Betätigung ablehnt u. lediglich die Arbeitskampffreiheit anerkennen will, dazu oben unter a, (S. 242 ff.).

861 Vgl. etwa Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 155; ähnl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 126 f.; vgl. auch bereits Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 158 (am Beispiel theologischer Fakultäten an Hochschulen).

862 So ausdrücklich z.B. Scholz, Grundgesetz I, S. 42; ähnl. wohl auch Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 138.

863 Dies betrifft v.a. die Frage, ob die Grundrechte neben ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte insbes. gegenüber dem Staat auch als Grundlage für Ansprüche gegen den Staat (Grundrechte als Teilhaberechte) angesehen werden können, dazu etwa Bleckmann wie Fn. 861, S. 155 f.; Hesse wie Fn. 861, S. 122 ff.; Maunz/Zippelius wie Fn. 862, S. 136 f.; Scholz wie Fn. 862, S. 30 ff.

864 Vgl. zu diesem Aspekt z.B. Bleckmann wie Fn. 861, S. 171 ff.; ausf. Klein, Institutionelle Garantien, S. 11 ff. u. S. 25 ff.; unter besonderer Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 3 GG auch Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 223 ff.

865 So Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 36.

sung bereits für eine verfassungsrechtliche Verankerung des Arbeitskampfes an sich nur indizielle Bedeutung zukommt[866] u. daher für die demgegenüber weitergehende Frage nach der verfassungsrechtlichen Qualifikation dieser Verankerung ebenfalls nichts herzugeben vermag. Zutr. ist auch der wohl im Zusammenhang mit dem Argument vom Wortlaut stehende Hinweis, aus der Zuordnung des Arbeitskampfes zur Koalitionsfreiheit folge nicht automatisch auch seine Ausgestaltung als Grundrecht.[867] Gegen die Tragfähigkeit dieses Begründungsversuchs spricht allerdings, daß dann auch die kollektive Koalitionsfreiheit - bzw. deren einzelne Komponenten - von vornherein nicht als Grundrecht (e) ausgestaltet sein könnte, da der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auch insoweit schweigt.[868] Diese Folgerung wird aber nicht gezogen; vielmehr wird überwiegend vom Doppelgrundrechtscharakter des Art. 9 Abs. 3 GG ausgegangen[869], was die Anerkennung auch eines Grundrechts der kollektiven Koalitionsfreiheit beinhaltet.[870] Wenig hilfreich ist auch die Aussage, Art. 9 Abs. 3 GG sei eine ausfüllungsbedürftige Norm;[871] ihr Erkenntniswert ist nur sehr gering, da alle Grundrechtsbestimmungen aufgrund der notwendig sehr allgemein gehaltenen Formulierungen der Auslegung u. Konkretisierung bedürfen.

---

866 Das näher bereits oben unter 1. (S. 225 ff.).

867 Vgl. Brodmann, Arbeitskampf, S. 51.

868 So zutr. Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 35; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 61; im Ergebnis auch Schaub, Handbuch, S. 1119; speziell zu Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG ferner Lerche, Zentralfragen, S. 44.

869 Oben unter c, (S. 260 ff.) sowie die Nachw. in Fn. 718.

870 Mit Anerkennung bzw. Zugrundelegung der Doppelgrundrechtstheorie ist m.E. noch keine (auch keine Vor-) Entscheidung zur Frage nach den Rechtsträgern der kollektiven Koalitionsfreiheit gefallen; dieser Aspekt ist daher hier gesondert (unten unter bb,) zu untersuchen.

871 So Brodmann, Arbeitskampf, S. 51; in anderem Zusammenhang auch Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 49 (unvollständiges u. vages Aufzeigen des Umfangs der Koalitionsfreiheit); Konzen, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 8.12.78 u. BAG v. 23.2.79, AP Nr. 28 u. 29 zu Art. 9 GG (Koalitionsgrundrecht als offene, unfertige Normierung der Arbeitsverfassung); Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 39 f. (unvollkommene Verfassung von Art. 9 Abs. 3 GG); ders., DB 72, S. 1772 (Art. 9 Abs. 3 GG als Vorentscheidung für richterrechtliche Kon-

Weiterhin wird die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 3 GG herangezogen, insbes. das in der endgültigen Fassung des GG nicht verwirklichte Vorhaben, in einem Abs. 4 ein als Grundrecht ausgestaltetes Streikrecht der Gewerkschaften festzuschreiben.[872] Die Befürworter dieses Aspekts müssen sich m.E. dem Vorwurf des Versuchs einer Manipulation der Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 3 GG aussetzen lassen. Maßgebliches Motiv für die Streichung dieses geplanten Abs. 4 war nachweisbar nämlich allein die Befürchtung, aufgrund der notwendigerweise gleichzeitig festzulegenden Einschränkungen eines solchen Streikrechts u.a. im Hinblick auf politische u. Beamtenstreiks eine unübersichtliche Kasuistik in das GG hineinzuschreiben.[873] Auch das Argument, der Verfassungsgeber hätte ein Grundrecht auf kampfweise Betätigung ausdrücklich u. nicht lediglich inzidenter verankert[874], erweist sich lediglich vordergründig als richtig, da auch in diesem Zusammenhang wieder die Qualifikation der kollektiven Koalitionsfreiheit als Grundrecht übersehen wird. Ferner findet z.B. der heute allgemein anerkannte Grundrechtscharakter von Art. 2 Abs. 1 GG[875] keine Berücksichtigung. Insbes. wird dabei übersehen, daß nicht nur das dort ausdrücklich genannte Rechtsgut der freien Entfaltung der Persönlichkeit, sondern weitere Positionen, die im Wortlaut dieser Verfas-

---

kretisierung); ders., BAG-Festschrift, S. 514 f. u. S. 518 (Konkretisierungsbedürftigkeit der offenen Arbeitsverfassung, zu der auch Art. 9 Abs. 3 GG zu zählen ist).

872 Vgl. Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 35; zu den verschiedenen im Hauptausschuß vorgeschlagenen bzw. behandelten Entwürfen dieses Abs. 4 ausf. Seiter, Streikrecht, S. 63 f. m.w.N.

873 Zutr. Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 742; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 918 m.w.N. in Fn. 36 d,; anders aber dies., Arbeitsrecht II/1, S. 140, wo ebenfalls die nicht haltbare Folgerung im Hinblick auf den Grundrechtsschutz des Arbeitskampfes gezogen wird.

874 Vgl. Rüthers wie Fn. 872.

875 Vgl. nur BVerfG v. 16.1.57, BVerfGE 6, S. 36; Merten, JuS 76, S. 345; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rdnr. 1; Schulz-Schaeffer, Freiheitssatz, S. 11. Zum Inhalt von Art. 2 Abs. 1 GG noch unten unter II., 3., c,.

sungsnorm nicht einmal eine Andeutung finden[876], als Grundrechte gewährleistet werden.

Auch die z.T. angeführte Entstehungsgeschichte der Notstandsklausel[877] kann die h.M. nicht stützen. Die in diesem Rahmen von der damaligen Bundesregierung zum Ausdruck gebrachte Meinung, die Arbeitskampf*freiheit* sei außerhalb des Notstands durch Art. 9 Abs. 3 GG als *Institution* gewährleistet[878], gibt wenig her. Wie BENDA nachgewiesen hat, vertrat die damals h.M., auf die sich die Bundesregierung berief, diese Auffassung gerade (noch) nicht.[879] Auch kann nicht mit Sicherheit festgestellt werden, ob der Begriff "Institution" wirklich dekkungsgleich mit "Einrichtungsgarantie" im hier verwendeten Sinne zu verstehen ist; die verschiedenen im Umlauf befindlichen Bedeutungen dieses Begriffs[880] legen eher die Annahme des Gegenteils

---

876 Vgl. im einzelnen den Überblick bei von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 20; dabei wird hier nicht verkannt, daß es sich - wie etwa im Fall der Vertragsfreiheit - bei den dort aufgeführten Angelegenheiten z.T. (auch) um Einrichtungsgarantien handelt.

877 Vgl. dazu ausf. Rüthers, Aussperrung, S. 29 ff.

878 Vgl. die Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 73 Fn. 15.

879 Vgl. Benda, Notstandsverfassung, S. 103 f. Diese unterschiedliche Beurteilung der Rechtslage durch die (damalige) Bundesregierung u. die h.M. übersieht Rüthers wie Fn. 877 genauso wie die damals generell bestehende uneinheitliche Bewertung der Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung. Entgegen seiner Behauptung (ebenda, S. 34) hatte sich 1968 die Auffassung, der Arbeitskampf sei als Einrichtungsgarantie gewährleistet, noch keineswegs durchgesetzt. Der Hinweis auf Glückert, Arbeitskampfschutzklausel, S. 173 f., der die damalige Rechtslage unter Diff. zwischen den auch in dieser Arbeit zugrunde gelegten unterschiedlichen dogmatischen Ansatzpunkten richtig wiedergibt, ist daher unzutr.; vgl. dazu auch Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 82. Krit. anzumerken ist auch, daß die wesentlichen Ausschnitte aus der Entstehungsgeschichte der Notstandsklausel von Rüthers gar nicht wiedergegeben werden (vgl. ebenda, S. 30 f.); zur Entstehungsgeschichte ausf. Schmid wie oben, S. 15 ff.

880 "Institution" kann bereits von vornherein sowohl als Einrichtungsgarantie, als institutionelle Garantie sowie als Institutsgarantie verstanden werden. Es erübrigt sich daher, auch noch im einzelnen auf die verschiedenen Bedeutungen dieser drei Begriffe einzugehen, um deutlich werden zu lassen, daß sich aus dieser Erklärung der Bundesregierung keine verwertbaren Gesichtspunkte entnehmen lassen.

nahe.[881]

Schließlich soll eine systematische Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG die h.M. belegen.[882] Abgestellt wird dabei v.a. auf die nur in einem Kernbereich gewährleistete kollektive Koalitionsfreiheit. Daraus folge, daß nicht jede Betätigung von Koalitionen geschützt sei. Insbes. erstrecke sich der Schutz durch die Verfassung nicht auf einzelne Koalitionsmittel, da diese der Koalitionsfreiheit rechtsqualitativ nicht gleichgestellt seien. Im besonderen bedürfe es zum Schutz des Arbeitskampfes als eines möglichen Koalitionsmittels nicht seiner Ausgestaltung als Grundrecht, um das Funktionieren der Tarifautonomie sicherzustellen. Wenn auch zuzugeben ist, daß die Kernbereichslehre, soweit sie Art. 9 Abs. 3 GG betrifft, gegenwärtig vom BVerfG sehr restriktiv angewendet wird[883], so kann daraus keinesfalls eine Folgerung im Hinblick auf die Intensität des verfassungsrechtlichen Schutzes einzelner Kernbereiche dieser Verfassungsbestimmung gezogen werden.[884] Es müßte dann beispielsweise näher begründet werden, warum die Tarifautonomie als ein Bestandteil der Koalitionsbetätigungsgarantie (auch) als Grundrecht angesehen wird[885], während die zur Ausfül-

---

881 Zur Bedeutung der Notstandsklausel für die Frage nach einer Verankerung des Arbeitskampfes im GG bereits ausführlicher oben unter 1. (S. 223 ff.).

882 Vgl. zum folgenden Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 35 f.

883 So zutr. Krejci, Aussperrung, S. 41. Vgl. dazu auch Otto, Gutachten, S. 45 ff. u. S. 51, der nachweist, daß der Übergang von der sog. Abwägungsformel, die im Mitbestimmungsurteil (BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG) zur Konkretisierung des geschützten Kernbereichs herangezogen wurde, zur "Unerläßlichkeitsformel", die im Beschluß zum Zutrittsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter zu kirchlichen Einrichtungen (BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG) verwendet wurde, im Ergebnis zu einer Einschränkung des vor gesetzgeberischen Eingriffen geschützten Kernbereichs geführt hat (so deutlich ebenda S. 49); zum Inhalt beider Formeln näher unten unter f, aa, aaa,. Zur im Vergleich zu früher restriktiveren Auslegung von Art. 9 Abs. 3 GG durch das BVerfG auch schon Kittner, Anm. zu BVerfG v. 18.12.74, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG, unter 2. a,; ders., Anm. zu BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 3.

884 Zutr. Seiter, Streikrecht, S. 86.

885 So deutlich Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 48 f.; ders., Gruppenautonomie, S. 260. Daß Säcker nicht ausdrücklich die

lung der Tarifautonomie erforderlichen Koalitionsmittel nur als Einrichtungsgarantie gewährleistet sein sollen.[886] Außerdem verkennen m.E. die Anhänger dieser Argumentation, daß jedenfalls die kollektive Koalitionsfreiheit nach Auffassung des BVerfG generell nur in einem Kernbereich gewährleistet ist[887], gleichwohl aber individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit als Grundrechte angesehen werden.[888]

Gegen den Einwand, die Koalitionsmittel seien rechtsqualitativ nicht mit der Koalitionsfreiheit vergleichbar, ist neben dem gerade skizzierten Argument von der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Tarifautonomie[889] noch anzuführen, daß zur koalitionsgemäßen Betätigung innerhalb des hier allein bedeutsamen Bereichs der Lohngestaltung jedenfalls TV u. Arbeitskampf nicht nur als mögliche, sondern als notwendige bzw. gar als unerläßliche Koalitionsmittel angesehen werden müssen.[890]

Tarifautonomie erwähnt, ist m.E. unschädlich, da sich aus dem Zusammenhang ergibt, daß es um die Koalitionsbetätigungsgarantie geht, der nach der hier vertretenen Auffassung (oben unter c, S. 268 ff.) auch die Tarifautonomie zuzuordnen ist.

886 Der Begründungsversuch von Brodmann, Arbeitskampf, S. 54, der unter Hinweis auf das BVerfG - wobei allerdings die Angabe einer konkreten Fundstelle unterbleibt - den Arbeitskampf als "Hilfsinstrument der Tarifautonomie" ansieht u. daraus ableiten will, der Arbeitskampf könne nicht als Grundrecht ausgestaltet sein, ist in diesem Zusammenhang wenig hilfreich, da die wechselseitige Abhängigkeit zwischen Tarifautonomie u. Arbeitskampf dabei unberücksichtigt bleibt.

887 Wie hier BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G. m.w.N. zu früheren Entscheidungen; Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 741.

888 Vgl. etwa Müller, Juristen-Jahrbuch Bd. 10, S. 146 f.; Tettinger, Jura 81, S. 2. An dieser Beurteilung ändert der unten (unter bb,) noch näher zu referierende Ansatz von Scholz nichts, der entgegen der h.M. auch als Träger der kollektiven Koalitionsfreiheit nur die einzelnen Individuen anerkennt.

889 Vgl. den Hinweis auf die Ausgestaltung der Tarifautonomie als Grundrecht, obwohl diese als Bestandteil der kollektiven Koalitionsfreiheit nur eine von mehreren Möglichkeiten im Hinblick auf die Erreichung des Koalitionszwecks darstellt. Ein solcher instrumenteller Charakter ist aber auch dem Arbeitskampf eigen, der innerhalb der Koalitionsbetätigung auch nur als eines von mehreren Mitteln anzusehen ist.

890 Dazu schon ausf. oben unter c, (S. 272 ff.).

Die besondere Bedeutung des Arbeitskampfes[891] im Hinblick auf die Ausfüllung der Tarifautonomie rechtfertigt m.E. auch die besondere verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Rechts auf kampfweise Betätigung als Grundrecht.[892] Wäre nämlich nur der Arbeitskampf selbst als prinzipielle Betätigungsmöglichkeit von Koalitionen, nicht aber seine Ausübung im Einzelfall, insbes. die Festlegung der jeweils zum Arbeitskampf Berechtigten sowie konkrete Arbeitskampfformen dem gesetzgeberischen Zugriff in einem gewissen Umfang entzogen, so wäre eine weitgehende Aushöhlung durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber möglicherweise noch verfassungskonform, obwohl in diesem Fall von einer Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht mehr ernsthaft die Rede sein könnte. In diesem Zusammenhang erweist sich auch die insbes. von DÜRIG dargelegte Befürchtung, eine voreilige u. überzogene Befürwortung der Lehre von den Einrichtungsgarantien berge die Gefahr einer Aushöhlung der zugrunde liegenden subjektiven Rechte in sich[893], als zutr. Auszugehen ist davon, daß mit dieser Lehre ursprünglich der Zweck verfolgt wurde, die subjektiven Rechte (Grundrechte) zusätzlich vor gesetzgeberischen Eingriffen zu schützen; durch die wenig durchdachte Behauptung von Einrichtungsgarantien wird aber das genaue Gegenteil bewirkt.[894] Wenn auch die Beliebtheit der institutionellen Betrachtungsweise des Arbeitskampfes einen durchaus verständlichen

891 Ob die hier zum Arbeitskampf vertretenen Grundsätze auch für den TV als Koalitionsmittel gelten oder ob dieser nur als Einrichtungsgarantie gewährleistet wird - so wohl Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 46 f.; wohl auch Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 188 unter Bezugnahme auf BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter C. 2. b, aa, d.G.; abl. etwa Abel, Lehre von den Einrichtungsgarantien, S. 81 f. - braucht nicht entschieden zu werden, da jedenfalls der Abschluß von TV durch tariffähige Parteien über die nach der hier vertretenen Auffassung (auch) als Grundrecht ausgestaltete Tarifautonomie abgesichert wird.

892 Selbstverständlich gilt dieser Satz wiederum nur unter Berücksichtigung der bereits oben unter c, (S. 277 f.) angedeuteten beschränkten Reichweite einer Verfassungsgarantie des Arbeitskampfes in Abhängigkeit der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie.

893 Vgl. Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 1, Rdnr. 98; zust. Seiter, Streikrecht, S. 86; ebenso Däubler, Streik, S. 78.

894 Vgl. Dürig wie Fn. 893 m.w.N. in Fn. 3 (Bl. 46); zum Zusammenhang zwischen Einrichtungsgarantien u. individuellen Rechten (Grundrechten) zutr. auch Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 30 f.

Hintergrund haben mag[895], so kann das dadurch mögliche Ausklammern wichtiger u. möglicherweise nicht ohne weiteres lösbarer Fragen dann nicht gerechtfertigt werden, wenn dadurch den gegenwärtig ohnehin vorhandenen Tendenzen zur Aushöhlung der Tarifautonomie auch noch Vorschub geleistet wird.[896] Da gerade dem Koalitionsmittel Arbeitskampf insoweit eine zentrale Bedeutung zuzusprechen ist, kann der bloße Schutz durch Einrichtungsgarantien nicht als ausreichend angesehen werden.[897] Daran ändert der zutr. Hinweis auf die instrumentelle Beziehung von Arbeitskampf u. TV-System bzw. Tarifautonomie nichts;[898] diese Beziehung ist im übrigen auch in dieser Arbeit bereits herausge-

---

895 Dazu im einzelnen Seiter wie Fn. 893.

896 Vgl. aus neuerer Zeit etwa die Versuche der öffentlichen AG, in der Tarifrunde 1983 Lohnleitlinien für Angestellte u. Arbeiter des öffentlichen Dienstes festzulegen u. damit Einfluß auf die Entwicklung der Vergütungen dieser AN-Gruppen zu nehmen. Vgl. ferner die massive staatliche Einflußnahme im Zusammenhang mit den Versuchen, die Arbed Saarstahl AG vor dem Zusammenbruch zu retten, dazu etwa o.V., HB v. 17.11.83, Nr. 221, S. 5.

897 Läßt man, was der institutionellen Betrachtungsweise immanent ist, weitreichende Eingriffe des Gesetzgebers in die Möglichkeiten zur Führung von Arbeitskämpfen zu, so wird aber jedenfalls mittelbar auch die Tarifautonomie beeinflußt, da diese ohne die Koalitionsmittel letztlich nicht funktionsfähig ist; die vagen Ausführungen hierzu von Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 36 vermögen diesen offenkundigen Zusammenhang nicht zu entkräften. Vgl. auch den zutr. Hinweis von Krejci, Aussperrung, S. 40 auf die Abhängigkeit von Koalitionsbestand u. -betätigung, was ebenfalls für die Annahme weitreichender instrumenteller Beziehungen zwischen einzelnen Garantien der kollektiven Koalitionsfreiheit spricht.

898 Vgl. Brodmann, Arbeitskampf, S. 52; Rüthers wie Fn. 897. In anderem Zusammenhang auch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 2 d.G.; Seiter, RdA 81, S. 71. Richtig ist weiterhin, daß im Hinblick auf den Koalitionszweck ein "objektivierbarer Regelungsbereich" vorhanden sein muß (so Brodmann wie oben); Brodmann kann aber nicht gefolgt werden, wenn er diesen Regelungsbereich von den Rechten der einzelnen Koalitionsmitglieder losgelöst sehen möchte. Denn letztlich führt z.B. der Abschluß eines TV nicht nur zur (zumindest teilweisen) Befriedigung von gemeinsamen kollektiven, sondern auch von Einzelinteressen der jeweiligen Mitglieder. Diese Einzelinteressen werden im übrigen bei Arbeitskämpfen noch sehr viel deutlicher dokumentiert, da hier etwa im Gegensatz zur Praxis bei den TV-Verhandlungen der einzelne als Teilnehmer objektiv in Erscheinung tritt. Warum diese existierenden Einzelinteressen nur den Schutz einer Einrichtungsgarantie genießen sollen, ist umso weniger einsichtig, als sich insbes. der Grundrechtsschutz von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auch auf Kollektive erstreckt (zum Verhältnis zwischen Individuen u. Kollektiven in dieser Grundrechtsnorm gleich unter bb,). Vgl. auch Däub-

arbeitet u. anerkannt worden.[899]

Insgesamt läßt sich die h.M., die den Arbeitskampf durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG lediglich als Einrichtungsgarantie geschützt ansehen will, aufgrund der bisher zur Stützung dieser These vorgetragenen Argumente nicht halten.[900] Selbst wenn man eine Einrichtungsgarantie annehmen wollte, so dürfte diese nicht isoliert gesehen werden. Vielmehr müßte gleichzeitig das Recht auf kampfweise Betätigung als Grundrecht bestehen bleiben. Dieses Grundrecht wäre dann durch eine Einrichtungsgarantie zusätzlich gegenüber Eingriffen des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers abgesichert. Diese Konstruktion entspricht nicht nur Sinn u. Zweck einer Einrichtungsgarantie;[901] wie ein Blick auf andere Vorschriften des Grundrechtskataloges zeigt, ist ein solches Nebeneinander von Grundrecht u. Einrichtungsgarantie auch an anderen Stellen verwirklicht worden.[902]

---

ler, Streik, S. 79, der zutr. auch im Falle von "Konnexgarantien" einen Grundrechtsschutz bejaht, sofern dieser zur Aktualisierung des jeweiligen Grundrechts erforderlich ist; zum Ganzen auch Germelmann, Streikrecht, S. 27.

899 Dazu ausf. oben unter d, (S. 273 ff.).

900 Für ein Grundrecht auf kampfweise Betätigung wie hier auch Konzen, AcP 177, S. 503; von Münch, Jura 79, S. 651; Seiter, Streikrecht, S. 86; ders., BAG-Festschrift, S. 591; wohl auch Säcker, GewMH 72, S. 295 (wobei allerdings aus dem dort zitierten Urteil des BFH v. 30.10.70, AP Nr. 42 zu Art. 9 GG eine solche Folgerung nicht unproblematisch ist, wie v.a. die Verweisung auf Hueck/Nipperdey zeigt, wo die Annahme eines Grundrechts gerade nicht befürwortet wird). Für ein Grundrecht auf Streik auch Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 30; Däubler, Streik, S. 79; Isensee, Beamtenstreik, S. 30; wohl auch Germelmann, Streikrecht, S. 27 f.; früher schon ferner Abendroth, GewMH 54, S. 259; Bauer, JZ 53, S. 651; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 322.

901 Dazu bereits Dürig wie Fn. 893.

902 Vgl. etwa Art. 5 Abs. 3, 6 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, dazu näher z.B. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 118; auch Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 155 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BVerfG. Vgl. auch Rüthers, Streik, S. 36, der am Beispiel der kollektiven Koalitionsfreiheit zeigt, daß Grundrechte u. Einrichtungsgarantien auch in einer Verfassungsnorm selbständig nebeneinander bestehen können; ähnl. auch Isensee, Beamtenstreik, S. 24; unrichtig insoweit Abel, Lehre von den Einrichtungsgarantien, S. 81 u. Fn. 150, der Einrichtungsgarantien dann für überflüssig hält, wenn bereits ein Schutz durch Grundrechte existiert. Bei dieser Beurteilung ist es von untergeordneter Bedeutung, ob man wie hier zwischen Grundrechten u. Einrichtungsgarantien unter-

bbb) Geltungsbereich des Rechts auf kampfweise Betätigung

Wenn im folgenden davon ausgegangen werden kann, daß das Recht auf kampfweise Betätigung als Grundrecht u. damit als subjektives Recht ausgestaltet ist, bedarf es weiter der Ermittlung der Anspruchsgegner, d.h. der Prüfung, wem gegenüber dieses Recht gilt bzw. wem es entgegengesetzt werden kann.[903] Unstr. wird den Grundrechten des GG der Charakter von subjektiv-öffentlichen Rechten zugeschrieben.[904] Dies bedeutet, daß sie von den Grundrechtsträgern[905], d.h. von den jeweiligen Inhabern dieser Rechte allen Formen der staatlichen Gewalt entgegengesetzt werden können, wenn dadurch, insbes. durch gesetzgeberische Maßnahmen, das jeweilige Grundrecht eingeschränkt, ausgehöhlt oder gar beseitigt werden soll, ohne daß hierzu eine Ermächtigung aufgrund eines Gesetzesvorbehalts vorliegt oder diese Maßnahmen lediglich zu einer Konkretisierung der immanenten Schranken eines Grundrechts führen.[906]

Diese öffentlichrechtliche Wirkung von Grundrechten ist im Rahmen dieser Arbeit insoweit von untergeordneter Bedeutung, als hier das Arbeitskampfsystem in seiner gegenwärtigen, aktuellen Ausgestaltung zugrunde gelegt wird. Wichtiger ist dagegen der privatrechtliche Aspekt, d.h. die Frage, ob das Grundrecht auf kampfweise Betätigung auch auf der Privatrechtsebene, insbes. im Hinblick auf schuldrechtliche Beziehun

scheidet oder ob man das Grundrechtsverständnis von Hesse wie oben, S. 118 f. zugrunde legt; wie sich aus Hesses Ausführungen (Fn. 4, S. 118 f.) ergibt, dürfte zwischen beiden Auffassungen im Ergebnis nur ein gradueller Unterschied bestehen.

903 Zur Charakterisierung subjektiver Rechte u. ihrer Unterscheidung gegenüber dem objektiven Recht etwa Henke, DÖV 80, S. 622.

904 Vgl. statt vieler Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 155 u. S. 156. Henke, Subjektives öffentliches Recht, S. 1; Kriele, JA 84, S. 634; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 138; unter besonderer Berücksichtigung von Art. 9 Abs. 3 GG auch Konzen, AcP 177, S. 503. Zum Ganzen auch die Hinweise bei Schneider, Schutz des Wesensgehalts, S. 96 m.w.N. Dieser Aspekt wird z.T. auch als "Staatswirkung von Grundrechten" bezeichnet, vgl. etwa Schwabe, Anm. zu BVerfG v. 17.2.81, DÖV 81, S. 796.

905 Zur Frage, ob Träger der aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG fließenden Grundrechte Individuen, Kollektive oder beide Personengruppen sein können, gleich unter bb,.

906 Zu den immanenten Schranken von Art. 9 Abs. 3 GG unten unter f,.

gen im Verhältnis zu kampfunbeteiligten Dritten Wirkungen entfalten kann. Wie die bereits angesprochene Drittwirkungsproblematik von Grundrechten zeigt[907], besteht über die Privatrechtsrelevanz von Grundrechten Streit. Eine nähere Auseinandersetzung mit den verschiedenen vertretenen Positionen ist in dieser Arbeit aber nicht erforderlich, da Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG die unmittelbare Drittwirkung ausdrücklich anordnet, d.h. das Koalitionsrecht u. damit nach der hier vertretenen Auffassung auch das Recht auf kampfweise Betätigung haben unmittelbare privat- bzw. schuldrechtliche Wirkungen;[908] einer Zwischenschaltung privatrechtlicher Generalklauseln[909] bedarf es daher nicht. Das zuletzt genannte Recht kann daher grundsätzlich auch im Verhältnis der bei der privatrechtlichen Haftung eintretenden Anspruchssteller- u. Anspruchsgegner-Konstellationen[910] Bedeutung erlangen.[911] Zur Vervollständigung für die spätere Verwertbarkeit dieser Grundsätze in dieser Arbeit bedarf es nunmehr noch der Klärung der Rechtsträgerfrage.

---

907 Oben unter a, (S. 249 Fn. 662).

908 Vgl. etwa Pietras, Arbeitskampf, S. 34; Rüthers, ZfA 82, S. 238; beiläufig auch Leisner, Grundrechte, S. 346. Vereinzelt ist behauptet worden, Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG sei ohne Einschränkungen nur auf die individuelle Koalitionsfreiheit anwendbar, vgl. v.a. Däubler, Streik, S. 71 f.; Lerche, Zentralfragen, S. 44; Weber, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 12. Diese Auffassung ist jedenfalls dann nicht haltbar, wenn man mit der h.M. auch die kollektive Koalitionsfreiheit als durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet ansieht, zutr. daher BAG v. 14.2.67, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG, unter 2. d.G.; Scheuner, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 47; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 63.

909 Vgl. insbes. §§ 134, 138, 242 BGB.

910 Dazu bereits die Ausführungen oben 2. Teil (S. 60 f.).

911 Dabei kann an dieser Stelle unentschieden bleiben, ob das Recht auf kampfweise Betätigung unmittelbar durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG auf die privatrechtliche Ebene transformiert wird oder dieser Vorgang durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber vorgenommen wird; zu diesem Fragenkreis ausf. unten 4. Teil, III., 1., d,.

bb) Rechtsträger

Im Zusammenhang mit dem Problem, welche Personen als Träger dieses Rechts u. damit als Anspruchsinhaber in Betracht kommen (können), sind folgende Teilfragen anzuschneiden:

Steht das Recht nur Koalitionen bzw. tariffähigen Verbänden[912], nur den einzelnen Mitgliedern dieser Verbände oder beiden Personengruppen zu?
Kann sich ein (tariffähiger) einzelner AG auf dieses Recht berufen?
Kommen als Rechtsträger ggf. auch Außenseiter bzw. Nichtorganisierte in Betracht?[913]

Die Frage nach der Rechtsträgerschaft wird nicht einheitlich beantwortet. I.w. stehen sich insoweit drei unterschiedliche Ansätze gegenüber.[914]

Die wohl zahlenmäßig am häufigsten vertretene Auffassung geht von der Doppelgrundrechtstheorie aus[915], wonach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG sowohl Grundrechte des einzelnen (individuelle Koalitionsfreiheit) als auch solche der Koalition (kollektive Koalitionsfreiheit) enthalten soll.[916] Während als Rechtsträger der individuellen Koalitionsfreiheit nur das einzelne Individuum anerkannt wird[917], sieht man als

---

912 Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG stellt zwar nur auf die Koalition ab, da die in dieser Arbeit allein interessierenden Verbände aber gleichzeitig auch tariffähig sind, kann dieser Gesichtspunkt hier miteinbezogen werden, da er für die unterverfassungsrechtliche Ausgestaltung des Rechts auf kampfweise Betätigung von Bedeutung ist.

913 Als "Außenseiter" werden hier entsprechend dem überwiegenden Sprachgebrauch nur AN verstanden, die nicht Mitglied einer Gewerkschaft sind, vgl. z.B. Däubler, Arbeitsrecht, S. 67; Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 36.

914 Vgl. Germelmann, Streikrecht, S. 30 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 87 ff.

915 So deutlich etwa Gester/Kittner, RdA 71, S.167.

916 Zum systematischen Standort der Doppelgrundrechtstheorie sowie zu ihrem wesentlichen Inhalt bereits oben unter c, (S. 260 ff.).

917 Diese Sichtweise ist im Hinblick auf verfassungsrechtliche Grundsätze nicht zu beanstanden, da sie insbes. mit Art. 1 Abs. 1 GG, der grundsätzlich das Individuum als Grundrechtsträger ansieht, völlig im Einklang steht.

Träger der kollektiven Koalitionsfreiheit allein die Koalition an, da nur diese - sofern sie gleichzeitig tariffähig ist - TV abschließen u. damit wirksam von der Tarifautonomie Gebrauch machen könne.[918] Da andererseits jedoch das Recht des einzelnen zur Teilnahme an der spezifischen Tätigkeit der Koalition ebenfalls anerkannt ist[919], wird u.a. auch ein Recht zur Teilnahme an Arbeitskämpfen bejaht[920], wobei es sich aber nicht um ein eigenständiges, von der Koalition unabhängiges Recht auf kampfweise Betätigung handeln soll. Nach dieser Auffassung stehen individuelle u. kollektive Koalitionsfreiheit selbständig nebeneinander, d.h. die Rechte der Koalition sind von denen ihrer jeweiligen Mitglieder grundsätzlich unabh.[921] Daraus folgt, daß innerhalb der systematisch der kollektiven Koalitionsfreiheit zuzuordnenden Garantien[922] nur eigene Rechte der Koalition gewährleistet sein können. Dies müßte selbstverständlich auch im Hinblick auf Arbeitskämpfe gelten, da diese wiederum systematisch der Koalitionsbetätigung u. damit der kollektiven Koalitionsfreiheit zuzuordnen sind.[923]

---

918 So Germelmann, Streikrecht, S. 30. Hier wird deutlich, daß die Doppelgrundrechtstheorie zwei voneinander zu trennende Aspekte enthält; dazu bereits der Hinweis oben in Fn. 719.

919 Dazu bereits oben unter c, (S. 263 f.) sowie die Nachw. in Fn. 737; Gester/Kittner, RdA 71, S. 169 sehen dieses Recht (am Beispiel der gewerkschaftlichen Mitgliederwerbung) als Derivat der kollektiven Koalitionsfreiheit an.

920 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. 3. d.G.; Gester/Kittner wie Fn. 919; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 127. Über die dogmatische Begründung dieses Rechts wird dort allerdings nichts ausgeführt.

921 So deutlich etwa Lerche, Zentralfragen, S. 26 f.; Konzen, AcP 177, S. 494 f.; vgl. auch die Analyse von Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 51 ff., insbes. S. 52 f.; auch Badura, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 15, S. 19 f. Vgl. ferner die ausf. Nachw. für diese Sichtweise des Verhältnisses von individueller u. kollektiver Koalitionsfreiheit bei Scholz wie oben, S. 51 Fn. 1; diff. Gester/Kittner wie Fn. 919, S. 171 (vor Fn. 34).

922 Koalitionsbestands-, -zweck- u. betätigungsgarantie, dazu bereits oben unter c, (S. 265 ff.).

923 Zur Ableitung des Rechts auf kampfweise Betätigung aus der Koalitionsbetätigungsgarantie ausf. oben unter c, (S. 268 ff.). Konsequent daher etwa Däubler, Streik, S. 79 f., wenn er deshalb von vornherein ein Streikrecht einzelner AN ablehnt.

Insbes. diese isolierte Betrachtung von individuellen u. kollektiven Gewährleistungen hat die Kritik an diesem Ansatz hervorgerufen. V.a. wird darauf hingewiesen, daß das Betätigungsrecht der Koalition nur als korporative Bündelung der Rechte der einzelnen Koalitionsmitglieder denkbar sei[924], was eine Abhängigkeit der kollektiven von der individuellen Koalitionsfreiheit zur Folge habe.[925]

In Anknüpfung u. Fortführung dieser Kritik ist ein von SCHOLZ[926] maßgeblich beeinflußter Ansatz entstanden, der die Rechtsträgerfrage primär unter Zugrundelegung verfassungstheoretischer Prinzipien u. Auslegungsgrundsätze zu beantworten versucht. Zentraler Ausgangspunkt dieser Konzeption ist m.E. die Diff. zwischen Grundrechtsträgerschaft u. Grundrechtssubjektivität. Aus Art. 1 Abs. 1 GG könne klar entnommen werden, daß von vornherein nur das einzelne Individuum, nicht aber automatisch auch Gruppen u. Verbände als Grundrechtsträger in Betracht kommen können[927], auch wenn einzelne Grundrechte[928] auf soziologische Gesamtheiten Bezug nähmen.[929] Der Grundrechtsschutz juristischer Personen[930] könne nur über Art. 19 Abs. 3 GG begründet werden.[931] Entgegen der h.M. sei die juristische Person nämlich des-

---

924 Dazu insbes. Rüthers, Recht der Gewerkschaften, S. 56 f.; ders., JuS 70, S. 610; auch Klosterkemper, Zugangsrecht, S. 112.

925 So deutlich Konzen, AcP 177, S. 494 f. Wie diese Abhängigkeitsbeziehung im einzelnen beschaffen sein soll, blieb allerdings weitgehend unklar.

926 Vgl. zum folgenden Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 126 ff.

927 Scholz wie Fn. 926, S. 129; grundlegend zur Unterscheidung Rechtsperson - Rechtssubjekt bereits ders., ebenda, S. 75 f. Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 69 bezeichnet diese Sichtweise als heute überwiegend.

928 Vgl. insbes. Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 1, 9 Abs. 1, 9 Abs. 3 GG; dazu auch von Münch, Jura 79, S. 31. Da diese Grundrechte auf ein Zusammenwirken mehrerer Individuen abstellen, werden sie z.T. als Kommunikationsgrundrechte bezeichnet. Krit. zur Zuordnung von Art. 9 Abs. 3 GG zu den Kommunikationsgrundrechten Seiter Streikrecht, S. 116; dazu noch näher unten unter f, bb, bbb,.

929 Vgl. Scholz wie Fn. 926, S. 126.

930 Zum Inhalt des Begriffs "juristische Person" in Art. 19 Abs. 3 GG näher Scholz wie Fn. 926, S. 131 m.w.N. in Fn. 28.

931 Vgl. Scholz wie Fn. 926, z.B. auf S. 133.

halb nicht als von vornherein grundrechtsfähig anzusehen, da nicht von einer verselbständigten Kumulierung individualer Grundrechtsträgerschaften, von einem Verzicht der Individuen zugunsten des Kollektivs oder von einer Übertragung individualer Rechte auf das Kollektiv ausgegangen werden könne.[932] Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen sei daher keine personale Grundrechtsträgerschaft, sondern apersonale Grundrechtssubjektivität.[933] Art. 19 Abs. 3 GG garantiere der Koalition aber die gemeinschaftliche Ausübung der Individualrechte der darin zusammengeschlossenen Individuen.[934] Das Freiheitsrecht des Art. 9 Abs. 3 GG erfordere weder die Anerkennung einer selbständigen kollektiven Grundrechtsträgerschaft noch die eines Doppelgrundrechts. Es handele sich vielmehr um ein individuales Freiheitsrecht mit kollektiver Ausübungsfunktion.[935]

Nach der Konzeption von SCHOLZ sind somit allein die einzelnen Mitglieder einer Koalition Träger des Koalitionsrechts u. damit auch des Rechts auf kampfweise Betätigung.[936] Der Koalition wird durch Art. 19 Abs. 3 GG lediglich Grundrechtssubjektivität verliehen, d.h. dieser wird das Recht zur Ausübung der individualen Grundrechte gewährleistet. Im Gegensatz zur Doppelgrundrechtstheorie stehen hier die Grundrechte von Individuum u. Koalition also nicht selbständig nebeneinander, vielmehr hängt das Ausübungsrecht der Koalition vom Individualrecht ab.[937]

Der dritte hier zu skizzierende Ansatz geht soweit ersichtlich auf

---

932 Vgl. Scholz wie Fn. 926, S. 129.

933 Vgl. Scholz wie Fn. 926, S. 128.

934 Vgl. Scholz wie Fn. 926, S. 131.

935 Vgl. Scholz wie Fn. 926, S. 138.

936 So deutlich Scholz wie Fn. 926, S. 365.

937 Das individuale Inhaltsrecht (Art. 9 Abs. 3 GG) hat demnach den Vorrang vor dem kollektiven Ausübungsrecht (Art. 19 Abs. 3 GG), vgl. Scholz wie Fn. 926, S. 150. Beide Rechte stehen daher stufenförmig übereinander, ebenda, S. 140. Ob es sich bei dem Ausübungsrecht überhaupt noch um ein Grundrecht handelt, mag hier dahinstehen, dazu näher Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 69 m.w.N. in Fn. 17.

SEITER zurück.[938] Dieser kommt über die Kritik an der Doppelgrundrechtstheorie zur SCHOLZ'schen Konzeption. Diese ist aber nach SEITER's Meinung in zweifacher Hinsicht unvollständig, da sowohl der grundrechtliche Schutz des Rechts auf kampfweise Betätigung von einzelnen, nicht dem AG-Verband angehörenden AG als auch derjenige von Außenseitern unerörtert bliebe.[939] Um diesen Grundrechtsschutz sicherzustellen, befürwortet SEITER einen Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG. Aus dieser Vorschrift soll sich der Schutz des Rechts auf kampfweise Betätigung für einzelne AG u. AN[940] ergeben, während AG-Verbände u. Gewerkschaften durch Art. 9 Abs. 3 u. 19 Abs. 3 GG geschützt seien.[941] Die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG innerhalb von Art. 9 Abs. 3 GG soll dadurch ausgeschlossen sein, daß Art. 2 Abs. 1 GG durch Art. 9 Abs. 3 GG "mitgeprägt" werde.[942] Die dogmatische Begründung dieser Konstruktion bleibt allerdings unerörtert. Wesentliches Charakteristikum von SEITER's Ansatz ist somit, daß die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung unter Berücksichtigung der verschiedenen möglichen Rechtsträger durch eine Kombination von Art. 2 Abs. 1 u. Art. 9 Abs. 3 GG erreicht werden soll.

M.E. muß der Ansatz von SCHOLZ als zutr. Grundlage zur Lösung der an dieser Stelle im Blickpunkt stehenden Rechtsträgerfrage angesehen werden.[943] Die Doppelgrundrechtstheorie muß v.a. wegen des von der individualen Rechtsposition losgelösten, unabh. Schutzes der Koalition Bedenken begegnen. Diese Sichtweise ist in der Tat mit der Konzeption der Grundrechte als individuelle Rechte nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen. Gegen die von SEITER entwickelte Auffassung spricht v.a. die Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 1 GG. Zwar handelt es sich hierbei unstr. um ein individuales Freiheitsrecht, so daß

---

938 Vgl. zum folgenden Seiter, Streikrecht, S. 87 ff.

939 Vgl. Seiter wie Fn. 938, S. 89 ff.

940 Vgl. Seiter wie Fn. 938, S. 92.

941 Auch insoweit weicht Seiter von Scholz ab, da dieser die Koalition allein durch Art. 19 Abs. 3 GG geschützt ansieht.

942 Vgl. Seiter wie Fn. 938, S. 92.

943 Wie hier wohl auch Germelmann, Streikrecht, S. 32 ff.; im Ansatz auch Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 31 f.; abl. etwa Brodmann, Arbeitskampf, S. 41 f.

sich prinzipiell sowohl einzelne AG als auch einzelne AN darauf berufen können; andererseits wird Art. 2 Abs. 1 GG aber von anderen, spezielleren Freiheitsrechten des Grundrechtsteils verdrängt.[944] Da das Recht auf kampfweise Betätigung aber systematisch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zuzuordnen ist[945], müßte erst versucht werden zu begründen, warum in diesem Fall gerade kein solches Spezialitätsverhältnis zwischen Art. 9 Abs. 3 einerseits u. Art. 2 Abs. 1 GG andererseits bestehen soll.[946] Außerdem ist es wenig überzeugend, wenn die Anwendbarkeit der Schrankentrias (Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG) im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG ohne jede Begründung abgelehnt wird.

Als Ausgangspunkt zur Lösung der Rechtsträgerfrage kann daher m.E. allein Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG herangezogen werden. Unstr. wird hierdurch zunächst das Recht einzelner, sich zu Koalitionen zusammenzuschließen, gewährleistet (positive Koalitionsfreiheit).[947] Die Gewährleistung muß sich darüberhinaus m.E. auch auf das Recht, sich nicht zusammenzuschließen, erstrecken (negative Koalitionsfreiheit), da dieses Recht

---

944 Dazu bereits der Hinweis oben unter b, (S. 253 f.).

945 Davon geht im übrigen grundsätzlich zunächst auch Seiter wie Fn. 938, S. 83 f. unter Bezugnahme auf die h.M. aus.

946 Das zur Begründung herangezogene Argument, Art. 9 Abs. 3 GG erfasse den Arbeitskampf nicht vollständig, überzeugt nicht, da Seiter den Inhalt dieser Vorschrift im Hinblick auf Außenseiter u. einzelne AN gar nicht näher untersucht, sondern gleich Art. 2 Abs. 1 GG heranzieht. Auch der Hinweis auf Scholz, AöR 100, insbes. S. 117 ff. führt zu keiner anderen Beurteilung, da dort zwar in der Tat eine ergänzende (supplementäre) Funktion von Art. 2 Abs. 1 GG für die speziellen Freiheitsrechte bejaht wird, dies aber nur dann Geltung beanspruchen soll, wenn überhaupt die Notwendigkeit einer Ergänzung besteht. Dies trifft aber für Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu, wie gleich gezeigt werden soll. Würde man anders entscheiden, wäre eine weitgehende Aushöhlung des Spezialitätsverhältnisses zwischen Art. 2 Abs. 1 GG u. den speziellen Freiheitsrechten die Folge, was v.a. im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG entweder zu kaum haltbaren Konsequenzen oder zu beträchtlichen konstruktiven Schwierigkeiten führen würde, wenn die Anwendbarkeit der Schrankentrias vermieden werden soll. Gegen Seiter auch Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 147 u. Germelmann, Streikrecht, S. 32.

947 Zum Inhalt von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG bereits oben unter c, (S. 260 ff.).

das logische Korrelat zur positiven Koalitionsfreiheit darstellt.[948] Die Anerkennung der Gewährleistung auch der negativen Koalitionsfreiheit ist insofern hier bedeutsam, als einzelne, die nicht Mitglieder einer Koalition sind, den Schutz durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG genießen.[949] Fraglich könnte allerdings sein, ob dies auch im Hinblick auf das Recht auf kampfweise Betätigung gilt. Dem könnte entgegengehalten werden, dieses Recht habe - in bezug auf Koalitionsbestand u. Koalitionszweck - rein instrumentellen Charakter u. setze daher bereits die Existenz einer Koalition voraus. Dagegen muß aber eingewendet werden, daß diesem Argument wieder deutlich die Sichtweise der Doppelgrundrechtstheorie zugrunde liegt, was wiederum die Ablehnung der Abhängigkeitsbeziehung zwischen individueller u. kollektiver Koalitionsfreiheit zur Folge hätte. Diese Auffassung hat sich aber gerade als nicht haltbar erwiesen. Differenziert man nämlich zwischen der Existenz individualer Rechte u. deren Ausübung durch eine Koalition, so müssen individuelle Rechte auf kampfweise Betätigung schon vorhanden sein, wenn sie im Rahmen eines Zusammenschlusses ausgeübt werden sollen.[950] Würde man nämlich im Falle von Nichtorganisierten die Existenz des Rechts auf kampfweise Betätigung leugnen, so könnten diese Personen niemals rechtmäßig z.B. an einem Streik teilnehmen, obwohl diese Möglichkeit grundsätzlich anerkannt wird.[951] Entscheidend ist

---

948 So zutr. Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl., Rdnr. 72; zum Streitstand die Nachw. oben in Fn. 739. Ob auch eine sog. negative Arbeitskampffreiheit, d.h. das Recht nicht an Arbeitskampfmaßnahmen teilzunehmen, ohne Nachteile zu erleiden, als Korrelat der negativen Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich gewährleistet wird - dazu näher Seiter, Streikrecht, S. 104 ff. - kann hier m.E. unentschieden bleiben, da nur die aktive Beteiligung am Arbeitskampf von Bedeutung ist.

949 Einen anderen Ansatzpunkt zur Begründung des Rechts von Außenseitern zur Teilnahme an Streiks wählt Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 145 f., indem er ein solches Recht aus dem Arbeitsvertrag ableiten zu können glaubt.

950 Dies steht völlig mit der Scholzschen Konzeption im Einklang, da dort an mehreren Stellen darauf hingewiesen wird, daß Koalitionsbestand, -zweck, -verfahren u. -mittel lediglich als abgeleitete Individualrechte anzusehen seien, vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 137, S. 145, S. 147 u. S. 148; wie hier auch Germelmann, Streikrecht, S. 32.

951 Vgl. etwa BAG v. 8.2.57, AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Bl. 2; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. d.G. m.w.N.; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter B. VI.; zum Streitstand ausf. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 177 ff.

eben, daß die Rechte der Außenseiter dadurch ausgeübt werden können, daß diese, ohne formal einer Koalition beitreten zu müssen, faktisch als (vorübergehendes) Mitglied einer Koalition in Erscheinung treten. Ein dauerhafter Zusammenschluß ist für das Vorliegen einer Koalition auch keineswegs begriffsnotwendig, wie das Beispiel der ad-hoc Koalition zeigt.[952]

Die eben formulierte Feststellung beansprucht auch dann Gültigkeit, wenn darauf hingewiesen wird, ein einzelner AG könne sein Recht auf kampfweise Betätigung auch allein rechtmäßig ausüben.[953] Diese Möglichkeit hat ihre Grundlage in § 2 Abs. 1 TVG. Entscheidend ist insoweit, daß der individuale Rechtscharakter des Koalitionsverfassungsrechts noch kein abschließendes Urteil über ggf. anders organisierte Institute des Koalitionsarbeitsrechts erlaubt.[954] Die rechtmäßige Ausübung dieses Rechts kann somit, wie z.B. durch § 2 Abs. 1 TVG, im Verhältnis von AG u. AN durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein. Dies hat aber gerade keinen Einfluß auf das Bestehen des Rechts u. steht daher mit Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht im Widerspruch.

Daher muß m.E. davon ausgegangen werden, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als Grundlage für das Recht auf kampfweise Betätigung sowohl von einzelnen AN als auch von einzelnen AG anzusehen ist.[955] AG-Verbänden u. Gewerkschaften kommt dagegen nur ein verfassungsmäßig geschütztes Recht

---

952 Zu den Kriterien des Koalitionsbegriffs oben unter c, (S. 258 f.).

953 Beispiel: Die Gewerkschaft führt einen Streik gegen einen nicht dem zuständigen AG-Verband angehörenden AG, um den Abschluß eines Firmen-TV zu erzwingen; dieser AG antwortet darauf mit einer Abwehraussperrung.

954 Vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 144 f. Wenn daher der unterverfassungsrechtliche Gesetzgeber nur Arbeitskampfmaßnahmen privilegiert, die von tariffähigen Parteien geführt werden, so findet dies eine tragfähige Begründung darin, daß die Tarifautonomie primär auf den Abschluß von TV ausgerichtet ist, was wiederum Tariffähigkeit der (potentiellen) Vertragsparteien erfordert.

Zur verfassungsrechtlichen Problemlosigkeit von § 2 Abs. 1 TVG BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. 2. d.G.

955 Im Ergebnis wie hier auch von Münch, Jura 79, S. 31. Zum Schutz einzelner AG durch Art. 9 Abs. 3 GG auch Buchner, DB 70, S. 2076 f.; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 43.

auf Ausübung dieser Individualrechte zu, da bei Arbeitskämpfen auf der AN-Seite generell sowie bei Verbandsarbeitskämpfen auf der AG-Seite der einzelne sein Recht auf kampfweise Betätigung aufgrund der unterverfassungsrechtlichen Ausgestaltung dieses Rechts nicht allein ausüben darf.[956] Ob man diesen derivativen Schutz der Verbände aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 oder aus Art. 19 Abs. 3 GG ableitet, ist m.E. dann von untergeordneter Bedeutung, wenn man wie hier die Abhängigkeit der Rechte der Koalition von denen der Individuen anerkennt.[957] Daß - wie noch zu zeigen sein wird - im Ergebnis beim Umfang des verfassungsrechtlichen Schutzes von Arbeitskämpfen primär auf den Ausübungsaspekt abgestellt wird, steht mit der hier zugrunde gelegten Auffassung ebenfalls nicht im Widerspruch.[958]

Der eben entwickelten Auffassung ist immanent, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG sowohl Grundrechte der AN als auch solche der AG enthält. Dies ist vereinzelt bestritten worden.[959] Die These, Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG

---

956 Daher gehen auch die Bedenken von Brodmann, Arbeitskampf, S. 41 weitgehend fehl: da der einzelne AN sein Recht auf kampfweise Betätigung nicht allein ausüben darf, bleibt der kollektive Charakter von Streiks unberührt. Selbst bei Kampfmaßnahmen durch einen einzelnen AG ist eine Restkomponente des kollektiven Elements vorhanden, wenn man davon ausgeht, daß die Arbeitsverhältnisse mehrerer AN bei ihm zusammenlaufen, vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. 2. d.G. Zu den unterverfassungsrechtlichen Schranken des Rechts auf kampfweise Betätigung im Zusammenhang gleich unter f, aa, bbb, cccc, aaaaa,.

957 Auf die Diskussion über den Inhalt von Art. 19 Abs. 3 GG kann in dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden. Zur Frage, ob der Grundrechtsschutz von Vereinigungen über Art. 19 Abs. 3 GG oder über das jeweils betroffene Einzelgrundrecht zu begründen ist, näher etwa Schmidt, Freiheit verfassungswidriger Parteien, S. 49 f. (am Beispiel von Art. 9 Abs. 1 GG); gegen eine Ableitung verfassungsrechtlicher Garantien der Koalitionen aus Art. 19 Abs. 3 GG Schnorr, FS für Molitor, S. 240.

958 Wenn der unterverfassungsrechtliche Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfes am Ausübungsrecht anknüpft, erkennt er damit die zugrunde liegenden Individualrechte an. Wie weit die Beschränkung der Ausübung gehen darf, ohne gleichzeitig auch die individuelle Koalitionsfreiheit in verfassungswidriger Weise zu beschränken, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden.

959 Vgl. z.B. Däubler, Arbeitsrecht, S. 49; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 72 ff. m.w.N. in Fn. 63 (S. 72) sowie den ausführlichen Überblick über das Begründungsspektrum bei Zachert/Metzke/Hamer, Aussperrung, S. 114 ff.

sei nur als AN-Grundrecht anzusehen, während der verfassungsrechtliche Schutz der AG nur aus anderen Grundrechtsbestimmungen abgleitet werden könne[960], kann - ohne hierauf noch im einzelnen eingehen zu müssen - unter Hinweis auf den insoweit klaren Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als unzutr. verworfen werden.[961] Auch die Heranziehung anderer Auslegungsmethoden kann zu keinem abw. Ergebnis führen.[962]

f) Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung

Um die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Arbeitskampfrechts zu vervollständigen, bedarf es abschließend noch der Untersuchung, in welchem Umfang das oben festgestellte u. konkretisierte Recht auf kampfweise Betätigung durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet wird. Auch diese Frage muß nach wie vor als weitgehend ungeklärt angesehen werden.[963]

Da Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG keinen ausdrücklichen Gsetzesvorbehalt enthält[964,965], kann sich die Untersuchung zunächst auf die Feststel-

---

960 Insbes. werden hier Art. 9 Abs. 1 u. 14 GG genannt.

961 Wie hier statt vieler Müller, RdA 79, S. 362; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 42 f.; beiläufig auch Tettinger, Jura 81, S. 2 f.

962 So deutlich Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 17, S. 19 f.

963 Vgl. neuestens (für den Streik) z.B. Bobke, HB v. 23.11.83, Nr. 225, S. 4; vgl. auch den Hinweis von Seiter, Streikrecht, S. 111 auf das Vorliegen verschiedener Schrankenmodelle im Hinblick auf die Einschränkung von Streik u. Aussperrung.

964 So zutr. etwa Fuchs, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 744; Scholz, Grundrecht, S. 63. Begründet wird das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts damit, daß sich aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nur die individuelle Koalitionsfreiheit ergebe, für deren Einschränkungen keine Gründe ersichtlich seien, vgl. Kammerer, AuR 84, S. 69; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 65.

965 Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zählt damit zur großen Gruppe von Grundrechtsbestimmungen, die nach dem Wortlaut ohne Vorbehalt u. Einschränkungen gelten, vgl. etwa Kriele, JA 84, S. 629.

lung der (ungeschriebenen) immanenten Schranken[966] dieser Norm beschränken.[967] Über die systematische Einteilung u. Unterscheidung solcher Schranken bestehen erhebliche Meinungsunterschiede.[968] Generell erscheint die Diff. zwischen grundrechtsimmanenten (internen) u. verfassungsimmanenten (externen) Schranken noch am plausibelsten.[969]

Die grundrechtsimmanenten Schranken haben die sachliche Reichweite eines Grundrechts zum Gegenstand.[970] Sie sind für den zur Ausge-

---

966 Zur grundlegenden Terminologie, insbes. zur Unterscheidung zwischen geschriebenen u. ungeschriebenen Gesetzesvorbehalten sowie zwischen allgemeinen u. speziellen Grundrechtsschranken näher z.B. Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 243 ff. sowie ausf. Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte, S. 27 ff. Zur unterschiedlichen Konstruktion von immanenten Schranken Bleckmann wie oben, S. 228.

967 Aus dem Fehlen eines speziellen Gesetzesvorbehalts in Art. 9 Abs. 3 GG kann selbstverständlich nicht etwa auf eine schrankenlose Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung geschlossen werden. Dies folgt neben dem gerade in Fn. 964 erwähnten Argument für das Fehlen eines solchen Vorbehalts auch aus einem Vergleich mit anderen (gesetzes) vorbehaltslosen Grundrechten - vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1, 5 Abs. 3, 8 Abs. 1, 16 Abs. 2 S. 2 GG, dazu im einzelnen etwa Wülfing wie Fn. 966, S. 36 -, die ebenfalls keine schrankenlosen Gewährleistungen enthalten, so statt vieler Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 245 f.; wie hier in bezug auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auch Klein, Koalitionsfreiheit, S. 67; Seiter, Streikrecht, S. 111. Zum Ganzen auch BVerfG v. 26.5.70, BVerfGE 28, S. 260 f. (Begrenzung vorbehaltsloser Grundrechte durch kollidierende Grundrechte Dritter wegen des Grundsatzes der Einheit der Verfassung). Unrichtig daher Wintrich, FS für Apelt, S. 5 (keine Beschränkung von Grundrechten ohne Gesetzesvorbehalt durch den Gesetzgeber).

968 Vgl. nur die jeweiligen Ausgangspunkte bei Otto, Gutachten, S. 41 f. (externe verfassungsimmanente Schranken - Inhalt des Grundrechts u. seine immanenten Schranken); Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 325 ff. (generale Schrankenvorbehalte - Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes); Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 64 (grundrechtsimmanente Schranken - verfassungsimmanente Schranken). Seiter, AöR 104, S. 99 weist m.E. zutr. darauf hin, daß das BVerfG die Schrankenproblematik bei Art. 9 Abs. 3 GG bislang nicht befriedigend geklärt hat.

969 So etwa Otto u. Schwerdtfeger wie Fn. 968; auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 132 f.; krit. insoweit Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 228 ff., der die Grenzen von Grundrechten grundsätzlich nur von außen bestimmen will.

970 Vgl. Hesse wie Fn. 969, S. 132.

staltung u./oder Konkretisierung[971] u. damit auch zur Begrenzung von Grundrechten zuständigen unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber von Bedeutung.[972]

Demgegenüber beziehen sich die verfassungsimmanenten Schranken auf mögliche Kollisionen eines Grundrechts mit anderen Grundrechten.[973] Eine Grundrechtskollision liegt dann vor, wenn Grundrechte eines Grundrechtsträgers mit denen eines anderen Grundrechtsträgers in Widerspruch stehen.[974,975] Von der Grundrechtskollision streng zu unterscheiden sind die Fälle der Grundrechtskonkurrenz. Davon wird dann gesprochen, wenn das Handeln eines Grundrechtsträgers mehrere Grund-

---

971 Ausgestaltung u. Konkretisierung von Grundrechten darf nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden, vgl. Hesse wie Fn. 969; zust. wohl Otto, Gutachten, S. 44. Der wesentliche Unterschied besteht offenbar darin, daß Ausgestaltung auf der unterverfassungsrechtlichen Ebene erfolgt, während Konkretisierung die Setzung materiellen Verfassungsrechts bedeutet, vgl. dazu die Andeutung von Seiter, Streikrecht, S. 107 f., der allerdings nicht sauber zwischen beiden Begriffen trennt. Da sich das interessanteste Problem in diesem Zusammenhang auf die Frage bezieht, ob durch Richterrecht auch die Konkretisierung von Grundrechten vorgenommen werden kann (abl. BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, unter C. II. 4. b, d.G.; a.A. Otto, Gutachten, S. 62 ff.) braucht in dieser Arbeit auf diese Diff. nicht näher eingegangen zu werden, zumal die Grenzen zwischen beiden Begriffen m.E. ohnehin fließend sind (vgl. Hesse wie Fn. 969, S. 130, wonach Ausgestaltung stets ein Stück Konkretisierung umfassen soll).

972 Vgl. Hesse wie Fn. 969, S. 129; Otto, Gutachten, S. 41 f.; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 64 f.

973 Vgl. etwa Otto wie Fn. 972, S. 41; Schwerdtfeger wie Fn. 972, S. 64.

974 Vgl. z.B. Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 275; Scholz, DB 79 (Beilage 10), S. 18; Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 90.

975 Beispiel: Die von der Gewerkschaft IG Druck u. Papier in der Tarifrunde 1984 inszenierten Streiks zur Durchsetzung der 35-Stunden-Woche führten u.a. dazu, daß Zeitungen verschiedener Verlage nicht bzw. nicht vollständig erscheinen konnten. Das Recht auf kampfweise Betätigung (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) zugunsten der streikenden AN bzw. der Gewerkschaften kollidiert hier mit der ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) zugunsten der Verlagsinhaber. Zu den speziell bei der gerade beschriebenen Kollision auftretenden Rechtsfragen ausf. Brodmann, Arbeitskampf, insbes. S. 88 ff.

rechte tangiert.[976] Die Möglichkeit des Eintretens von Grundrechtskollisionen beruht i.w. darauf, daß die Grundrechte im Verhältnis zueinander grundsätzlich als "gleich stark" anzusehen sind.[977] Treten - i.d.R. teilweise - Überschneidungen der Schutzgüter von Grundrechten auf, so können diese somit nicht einfach unter Hinweis auf die angeblich größere "Stärke" eines Grundrechts gegenüber dem anderen einer Lösung zugeführt werden.[978] Anzuknüpfen ist vielmehr an das Prinzip der Einheit der Verfassung.[979] Daraus folgt, daß die einzelnen Verfassungsnormen so zu interpretieren sind, daß es im Ergebnis nicht zu Widersprüchen mit anderen derartigen Normen kommen kann;[980] dies setzt eine Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs voraus, in den eine konkrete Verfassungsnorm eingebettet ist.[981]

---

976 Vgl. z.B. Bleckmann wie Fn. 974 (mit konkreten Anwendungsbeispielen). Um einen solchen Fall handelt es sich auch bei dem oben unter b, (S. 253 f.) bereits abgehandelten Problem der richtigen Rechtsgrundlage zur Verankerung des Rechts auf kampfweise Betätigung im GG.

977 Zum Problemkreis "Grundrechtsstärke" ausf. Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 304 ff. Dieser Ansatz versucht die Lösung von Grundrechtskollisionen unter Heranziehung der vorhandenen oder fehlenden Schranken, insbes. von Gesetzesvorbehalten der an der Kollision beteiligten Grundrechtsnormen. Diese Sichtweise hat z.B. zur Folge, daß vorbehaltlose Grundrechte "stärker" als mit Gesetzesvorbehalten versehene angesehen werden u. daher den Vorrang eingeräumt bekommen; eine Berücksichtigung immanenter Schranken findet soweit ersichtlich nicht statt. Zu den in der Tat wenig einleuchtenden Konsequenzen dieses Gedankens auch die Hinweise von Kriele, JA 84, S. 629 Fn. 1 auf Art. 8 Abs. 1 GG einerseits u. Art. 2 Abs. 2 GG andererseits.

978 Zu hierzu vertretenen Positionen Überblick u. abl. Stellungnahme von Schwabe wie Fn. 977, S. 317 ff.; a.A. zu Unrecht Weireter, Sozialadäquanz, S. 71 f. (am Beispiel von Art. 20 u. Art. 14 GG).

979 Vgl. etwa Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 466. Zur Zuordnung dieses Grundsatzes zu den Prinzipien der Verfassungsinterpretation Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 128.

980 Überwiegend wird in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, daß auch einfaches Gesetzesrecht zu berücksichtigen sei, falls es sich bei den gesetzlich geschützten Rechtsgütern gleichzeitig um Verfassungsgüter handelt, dazu die Hinweise bei Kriele, JA 84, S. 631. Zur Tragfähigkeit dieser Sichtweise in dieser Untersuchung noch näher unten unter II. 1.

981 Vgl. Hesse wie Fn. 979; Schmidt-Preuß, Zentralfragen, S. 197.

Auf welchem Weg dieses gerade umschriebene Ziel zu realisieren ist, wird uneinheitlich beantwortet.[982] Insbes. stehen sich hier das Prinzip der praktischen Konkordanz[983] sowie das Prinzip der Güter- u. Interessenabwägung[984] gegenüber. Das Prinzip der praktischen Konkordanz verlangt eine optimale Abstimmung nicht miteinander im Einklang stehender verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter mit dem Ziel, allen an der Kollision beteiligten Positionen einen optimalen Schutz zu verschaffen.[985] Das Prinzip der Güter- u. Interessenabwägung beinhaltet eine Gegenüberstellung kollidierender Rechtsgüter im Hinblick darauf, welchem im konkreten Einzelfall der Vorrang vor dem anderen zukommen soll.[986]

---

982 Zu verschiedenen Möglichkeiten zur Lösung solcher Kollisionen die Hinweise bei Kleiner, ZRP 76, S. 267 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Adäquanz; Wechselwirkung von Grundrecht u. grundrechtsbegrenzender Norm; praktische Konkordanz).

983 Diese Vorgehensweise wird u.a. vertreten von Hesse wie Fn. 979, S. 128 f.; Müller, Positivität, S. 89 (der allerdings nur dann darauf zurückgreifen möchte, wenn das Verfahren der sog. objektiven Tatbestandsabgrenzung - dazu ausf. ders., ebenda, S. 37 ff. - nicht zum Ziel führt); Müller, DB 84, S. 2693; Otto, Gutachten, S. 57 f. (der von der "Harmonisierung" von Grundrechten spricht); Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 467.

984 So v.a. Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 319; beiläufig auch Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 275. Grundsätzlich unter Berücksichtigung der allgemeinen Fragestellung der Bestimmung von Inhalt u. Grenzen der Grundrechte ferner Häberle, Wesensgehaltgarantie, S. 31 ff. (mit Anwendungsbeispielen). Auch das BVerfG ist hier einzuordnen, vgl. nur BVerfG v. 26.5.70, BVerfGE 28, S. 261 sowie die Nachw. bei der Darstellung der sog. Abwägungsformel unten unter aa, aaa,.

985 Vgl. dazu im einzelnen Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 28 f. sowie die Anwendungsbeispiele bei Klein, Koalitionsfreiheit, S. 38 (Optimierung von kollektiver u. individueller Koalitionsfreiheit) u. Otto, Gutachten, S. 58 ff. (Harmonisierung von Art. 9 Abs. 3 GG einerseits u. Art. 13, 14, 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV andererseits).

986 Vgl. etwa Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 181 f. am Beispiel der Abwägung zwischen dem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) u. den durch allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG geschützten anderen Rechtsgütern; dazu auch BVerfG v. 15.1.58, BVerfGE 7, S. 207 ff. sowie der Hinweis von Kriele, JA 84, S. 630 auf diese von der h.L. vertretene Annahme.

Welchem dieser beiden gerade skizzierten Prinzipien der Vorzug zu geben ist, kann m.E. in dieser Arbeit dahingestellt bleiben. Insbes. SCHWABE hat nachgewiesen, daß es sich bei diesen häufig angeblich in Konkurrenz zueinander stehenden Figuren in Wirklichkeit um eine Scheinalternative handelt.[987] Letztlich führen beide Prinzipien - wenn sie richtig angewendet werden - zu einer unter Berücksichtigung des Grundsatzes von der Einheit der Verfassung angemessenen Beilegung von Grundrechtskollisionen.[988] Wenn hier im folgenden das Güter- u. Interessenabwägungsprinzip favorisiert wird, so ist dies darin begründet, daß zu seiner Ausfüllung bzw. zur konkreten Anwendung in Form des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein sehr praktikables Instrument zur Verfügung steht.[989]

Dem Aspekt der Grundrechtskollision u. seiner Lösung kommt im Rahmen des an dieser Stelle zu behandelnden Problems dann zentrale Bedeutung zu, wenn sich im Verlauf der weiteren Analyse ergeben sollte, daß sowohl das Arbeitskampfrecht als auch die vom Schuldrecht für arbeitskampfbedingte Eingriffe in Rechtspositionen kampfunbeteiligter Dritter vorgesehenen Wertungen sich auf der Verfassungsebene gegenüberstehen u. sich zumindest z.T. nicht miteinander im Einklang befinden. Die Beantwortung dieser Frage kann jedoch erst dann abschließend behandelt werden, wenn sich aufgrund der isolierten Betrachtung der verfassungsrechtlichen Stellung beider Teilrechtsgebiete das Vorliegen einer solchen Kollisionslage auf der Verfassungsebene ergeben sollte.[990]

---

987 Vgl. Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 319 ff., insbes. S. 321; ebenso Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 76.

988 Dies gibt auch Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 28 Fn. 31 zu, wenn er auf die Nähe von praktischer Konkordanz u. Güterabwägungsprinzip hinweist.

989 Wie hier im Ergebnis Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 467 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liefert zur Herstellung praktischer Konkordanz wichtige Hinweise). Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausf. unten unter aa, bbb, bbbb,. Zur noch unvollständigen dogmatischen Durchdringung des Prinzips der praktischen Konkordanz Schnapp, JuS 78, S. 734.

990 Nicht gefolgt werden kann der Sichtweise von Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 65, der Art. 2 Abs. 1 GG - u. damit die durch diese Norm gewährleisteten Rechte bzw. Rechtsgüter - von vornherein als Schranke für den Arbeitskampf ansieht. Diese Position ignoriert die prinzipielle Gleichgewichtigkeit verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechtspositionen u. kann daher nicht übernommen werden.

Da die oben skizzierte systematische Trennung von grundrechts- u. verfassungsimmanenten Schranken aufgrund der schwierigen Zuordnung der Kernbereichslehre[991] ohnehin nicht sauber durchgeführt werden kann[992], werden neben der Bedeutung der Kernbereichslehre für den Umfang des Verfassungsschutzes des Rechts auf kampfweise Betätigung ohne Berücksichtigung systematisch übergeordneter Einteilungskriterien zwei weitere in diesem Zusammenhang wichtige Teilprobleme angesprochen: Die Prüfung der Übertragbarkeit von Schrankenmodellen anderer Grundrechte auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG[993] sowie das Problem einer möglichen Gemeinwohlbindung von Arbeitskämpfen.[994]

---

991 Mit Hilfe dieser Figur sollen offenbar generell alle immanenten Schranken von Art. 9 Abs. 3 GG herausgearbeitet werden.

992 Daher ist es m.E. nicht zu beanstanden, wenn z.B. Seiter, Streikrecht, S. 112 ff. die Kernbereichslehre ohne Zugrundelegung einer gemeinsamen übergeordneten Kategorie abhandelt.

993 Die Untersuchung der Übertragbarkeit von Schrankenmodellen anderer Grundrechte muß deshalb vorgenommen werden, weil das GG keine für alle Grundrechte (im untechnischen Sinn) geltende Schrankenordnung kennt; die Schranken sind jeweils für jedes Grundrecht separat zu ermitteln, vgl. dazu Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 112.

994 Die nähere Behandlung dieses Problems ist deshalb geboten, weil die angebliche Gemeinwohlbindung von Arbeitskämpfen u.a. auch zur Begründung dafür herangezogen wird, daß die Allgemeinheit, also alle denkbaren potentiell Betroffenen, die Folgen von arbeitskampfbedingten Eingriffen jedenfalls insoweit tragen müßten, als ihnen keine Schadensersatzansprüche gegen die kämpfenden Parteien zuständen, vgl. dazu ausf. Schmid, NJW 79, S. 17. Damit wird zwar m.E. primär bereits die Frage nach dem Geltungsbereich eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht angesprochen (dazu in dieser Arbeit im einzelnen unten unter III. 4. d, sowie 3. Kap.). Da sich aber die Gemeinwohlbindung - verstanden als die verfassungsmäßige Ordnung - als verfassungsrechtliche Schranke des Rechts auf kampfweise Betätigung darstellen würde (vgl. nur von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 58), muß darauf bereits vor der Untersuchung des Geltungsbereiches der Vorrangtheorie eingegangen werden, da dieser wiederum vom Umfang der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung abhängt.

aa) Einschränkungen durch die Kernbereichslehre

aaa) Gegenstand und Inhalt der Kernbereichslehre

Die Kernbereichslehre geht auf die ständige Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 9 Abs. 3 GG zurück.[995] Im Zusammenhang mit der kollektiven Koalitionsfreiheit findet man dort mehrfach den Satz, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nur einen Kernbereich koalitionsgemäßer Betätigung garantiere.[996] Da nach der auch hier vertretenen Auffassung der Arbeitskampf, genauer das Recht auf kampfweise Betätigung, als Koalitionsmittel systematisch der Koalitionsbetätigungsgarantie zuzuordnen ist[997], würde daraus folgen, daß auch dieses Recht grundsätzlich nur in einem Kernbereich verfassungsrechtlich gewährleistet sein kann.[998]

Bei der sich an diese Feststellung anschließenden Frage nach dem Umfang bzw. nach der Reichweite dieses Kernbereichs, stößt man gleich auf mehrere Probleme. Die Kernbereichslehre ist vom BVerfG selbst mit

---

995 Vgl. z.B. BVerfG v. 14.4.64, AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern, unter II. 2. b, d.G.; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G. sowie die entsprechenden Hinweise bei Hanau, AuR 83, S. 257; Herschel, AuR 81, S. 266; Zechlin, NJW 85, S. 590.

996 Vgl. BVerfG v. 30.11.65, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG, unter I. 2. e, d.G.; BVerfG v. 18.12.74, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG, unter C. II. 3. c, d.G.; BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 1. d.G.; BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, unter C. II. 4. a, d.G.; ähnl. auch BVerfG v. 28.4.76, BVerfGE 42, S. 138 (nur Schutz spezifisch koalitionsgemäßer Tätigkeit); vgl. auch LAG Köln v. 2.7.84, DB 84, S. 2096 (Schutz der Koalitionsfreiheit nur in einem Kernbereich).

997 Zu diesem Zusammenhang bereits oben unter c, (S. 268).

998 Dies folgt m.E. aus dem instrumentellen Charakter des Arbeitskampfes für die Sicherung u. Erhaltung der Tarifautonomie, m.a.W.: wenn Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nur den Kernbereich eines Tarifsystems gewährleistet (oben unter c, S. 270 u. Fn. 769), dann kann auch ein Arbeitskampfsystem nicht ohne diese Einschränkung konstruiert werden; andernfalls würde die hier zugrunde gelegte Beziehung zwischen Tarifautonomie einerseits u. TV sowie Arbeitskampf andererseits wieder grundsätzlich in Frage gestellt werden müssen. Wie hier im Ergebnis Konzen, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 8.12.78 u. BAG v. 23.2.79, AP Nr. 28 u. 29 zu Art. 9 GG, unter IV. 2. (keine umfassende Koalitionsbetätigung u. daher auch kein umfassendes Streikrecht).

unterschiedlichen Inhalten im Hinblick auf Rechte u. Pflichten des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers angewendet worden.[999,1000] Eine präzise Def. des zentralen Begriffs "Kernbereich" fehlt.[1001] Zur näheren Umschreibung des geschützten Kernbereichs koalitionsgemäßer Betätigung werden verschiedene, miteinander nicht ohne weiteres zu vereinbarende Formeln verwendet[1002], die überdies in sich einen erheblichen Interpretationsspielraum bieten.[1003] Ohne hier ausf. auf diese auch von den Kritikern der Kernbereichslehre aufgegriffenen Aspekte eingehen zu können[1004], sind zur Illustration des Inhalts der Kernbereichslehre doch einige Anm. möglich u. erforderlich, um ihre Bedeutung für die Reichweite des verfassungsrechtlichen Schutzes des Rechts auf kampfweise Betätigung darlegen zu können.

---

999 Vgl. die Hinweise von Kammerer, AuR 84, S. 68; Kittner, Anm. zu BVerfG v. 18.12.74, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG, unter 2. a,; ders., Anm. zu BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 3.; ausf. Herschel, AuR 81, S. 266 f.

1000 Zu den damit im Zusammenhang stehenden denkbaren Fallgruppen des Inhalts des Kernbereichsbegriffs allgemein Otto, Gutachten, S. 42 f.

1001 So zutr. Herschel wie Fn. 999, S. 266. Vgl. auch den Versuch von Seiter, Streikrecht, S. 112, den Inhalt dieses Begriffs zu bestimmen.

1002 Einerseits die "Unerläßlichkeitsformel", andererseits die "Abwägungsformel".

1003 Vgl. etwa die aus den verschiedenen abgeleiteten Betätigungen der gewerkschaftlichen Werbung u. Information ersichtliche weite Auslegung der Unerläßlichkeitsformel von Däubler, Gewerkschaftsrechte, S. 135 ff. sowie demgegenüber die enge Interpretation von Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18, S. 28 (Unerläßlichkeit als Minimum des verfassungsrechtlichen Schutzes der Koalitionsbetätigung); wie Konzen auch Seiter, Streikrecht, S. 109.

1004 Zur Kritik an der Kernbereichslehre etwa Gester/Wohlgemuth, FS für Herschel 1982, S. 118 f.; Herschel, AuR 81, S. 266 ff. (Befürwortung des Verzichts auf diese Lehre); Kittner, GewMH 79, S. 334 ff. (Kernbereichslehre als Ersatz für den fehlenden Gesetzesvorbehalt in Art. 9 Abs. 3 GG); Pfarr, AuR 79, S. 242; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 111 (Kernbereich gibt keine Auskunft über den Umfang der Gewährleistung von Koalitionsmitteln u. damit auch des Arbeitskampfes).

In früheren Entscheidungen des BVerfG wurde dieses Konstrukt dazu verwendet, einen relativ weiten negativen Schutz von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG vor Eingriffen des Gesetzgebers abzustecken u. v.a. gleichzeitig eine Verpflichtung des Gesetzgebers zu einem positiven Tun - insbes. Bereitstellung eines funktionsfähigen Tarifsystems - zu begründen.[1005] In späteren Entscheidungen dieses Gerichts verbirgt sich demgegenüber hinter der Formulierung, Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleiste n u r einen Kernbereich koalitionsgemäßer Betätigung, die Festlegung von geschützten Grenzen der Koalitionsfreiheit dahingehend, daß dem Gesetzgeber ein weitreichender Gestaltungsspielraum u. damit trotz des fehlenden Gesetzesvorbehalts weitgehende Eingriffe in die Substanz dieses Freiheitsrechts zugestanden werden.[1006] Aus dieser Rechtsprechung sind zwei Gesichtspunkte ableitbar. Zum einen werden unterschiedliche, z.T. beinahe konträre Bedeutungen des Kernbereichsbegriffs sichtbar[1007], andererseits wird deutlich, daß auch der Arbeitskampf als Bestandteil der Koalitionsbetätigungsgarantie in jedem Fall nur mit Einschränkungen durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet sein kann. Dabei ist es m.E. zunächst von untergeordneter Bedeutung, ob man allgemein einen Kernbereich kampfweiser Betätigung oder verschiedene spezielle Unterkernbereiche - z.B. im Hinblick auf ganz bestimmte Arbeitskampfmittel bzw. -formen - als gewährleistet ansieht.[1008]

1005 So deutlich BVerfG v. 18.11.54, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG, unter C. 2. b, aa, d.G. Wie hier auch Gester/Kittner, RdA 71, S. 172 f.; Kittner, Anm. zu BVerfG v. 18.12.74, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG, unter 2. a,; bezüglich der Verpflichtung zum positiven Handeln auch Herschel, AuR 81, S. 266 u. Kittner, GewMH 79, S. 335.

1006 Vgl. z.B. BVerfG v. 18.12.74, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG, unter C. II. 3. c, d.G.; BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 1. d.G.; BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, unter C. II. 4. a, d.G.; zur restriktiveren Handhabung des Kernbereichsbegriffs in der neueren Rechtsprechung des BVerfG auch Kittner, Anm. zu BVerfG v. 18.12.74, AP Nr. 23 zu Art. 9 GG, unter 2. a,.

1007 Zutr. wie hier etwa Zechlin, NJW 85, S. 590 f.

1008 Dazu näher Seiter, Streikrecht, S. 114; gegen die prinzipielle Anerkennung solcher verfassungsrechtlich gewährleisteter Unterkernbereiche spricht m.E., daß zumindest einzelne Formen des Arbeitskampfes nur dann unter den Schutz von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG fallen, wenn sie zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie notwendig sind; diese Eigenschaft kann aber nicht abschließend bzw. endgültig festgelegt werden, da das Arbeitskampfsystem z.B. im Hinblick auf neue Arbeitskampfformen offen ist.

Die fehlende Def. des Kernbereichsbegriffs hat dazu geführt, daß man z.T. Verbindungen zur Wesensgehaltsgarantie von Grundrechten (Art. 19 Abs. 2 GG) gezogen oder beide Figuren sogar gleichgesetzt hat.[1009] Parallelen bestehen immerhin insofern, als der Wesensgehalt dahingehend umschrieben werden kann, daß jedes Grundrecht einen "harten Kern" besitze, der nicht angetastet werden dürfe, um das Grundrecht vor Aushöhlung zu schützen.[1010] Mit dieser Feststellung ist allerdings nicht viel gewonnen, da es auch an einer brauchbaren, hinreichend präzisen Def. des Wesensgehaltsbegriffs fehlt.[1011]
Aus dem (möglichen) Zusammenhang beider Kategorien kann somit nur entnommen werden, daß der Kernbereich jedenfalls als äußerste Grenze gesetzlicher Beschränkungen angesehen werden kann[1012], ohne daß damit aber die notwendige abstrakte u. allgemeingültige Festlegung dieses der Disposition des Gesetzgebers vollständig entzogenen Bereiches mög-

---

1009 Vgl. etwa Schwabe, Anm. zu BVerfG v. 17.2.81, DÖV 81, S. 797; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 111; dazu auch der diesbezügliche Hinweis bei Zechlin, NJW 85, S. 591. Noch weitergehend Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 66 f.; wohl auch Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 329 (Gleichsetzung des Kernbereichs verbandsmäßiger Lohngestaltung mit dem Wesensgehalt). Gegen die Herstellung einer solchen Verbindung Schwabe, Anm. zu BVerfG v. 17.2.81, DÖV 81, S. 797; vgl. auch Wintrich, FS für Apelt, S. 7, wonach der Wesensgehalt eines Grundrechts die letzte absolute Schranke für den einfachen Gesetzgeber darstellt. Eine Klärung dieser Frage durch das BVerfG fehlt bislang.

1010 Vgl. Maunz in Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 2, Rdnr. 2; ähnl. auch Hendrichs, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 19, Rdnr. 25; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 153.

1011 Vgl. etwa die diesbezüglichen Hinweise bei Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 19, Rdnr. 9 u. Wohlgemuth wie Fn. 1009. Zu den verschiedenen definitorischen Varianten ausf. Maunz wie Fn. 1010, Rdnr. 3 ff.; zu den absoluten sowie zu den relativen Wesensgehaltsgarantien auch Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 265 ff. Zur schwierigen Handhabung dieser Figur die Hinweise bei Schneider, Schutz des Wesensgehalts, S. 19.

1012 Wie hier z.B. Seiter, Streikrecht, S. 112. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber über diesen Bereich hinausgehende Betätigungsmöglichkeiten geschaffen werden, vgl. etwa Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18, S. 28. Dieser Aspekt dürfte aber gegenwärtig nur von akademischem Interesse sein, da die Rechtsprechung eher die Tendenz zur Beschränkung der Koalitionsbetätigung zu verfolgen scheint (vgl. speziell zum Arbeitskampf etwa die Beschränkung der suspendierenden Abwehraussperrung durch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 4. sowie unter A. IV., V. u. B. II. d.G.).

lich ist.[1013] Daß das BVerfG bisher nicht einmal andeutungsweise eine Beziehung zwischen Kernbereich u. Wesensgehalt hergestellt hat, spricht gegen eine inhaltliche Übereinstimmung.[1014] Das BVerfG verwendet zur näheren Bestimmung des Umfangs des Kernbereichs vielmehr zwei verschiedene Formeln, die Abwägungs- u. die Unerläßlichkeitsformel.[1015]

Im sog. Mitbestimmungsurteil[1016] etwa wird deutlich eine Abwägungsformel herangezogen. Danach darf der unterverfassungsrechtliche Gesetzgeber dem Betätigungsrecht der Koalitionen nur solche Schranken ziehen, die zum Zwecke des Schutzes anderer Rechtsgüter sachlich geboten sind.[1017] Solche Rechte sind selbstverständlich nur dann relevant, wenn sie ebenfalls Verfassungsrang genießen.[1018] Im hier interessierenden Zusammenhang können insoweit als spezielle Rechte[1019] die aufgrund von schuldrechtlichen Verträgen[1020] bestehenden möglichen pri-

---

1013 Zur Notwendigkeit einer solchen Bestimmung des Kernbereichs Otto, Gutachten, S. 53 f. u. S. 56. Allgemein liegt dieser Bereich wohl zwischen der Respektierung eines Minimums an inhaltlicher Entfaltungsfreiheit der Koalitionen, vgl. etwa Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 329 u. der unverhältnismäßigen Beeinträchtigung rangleicher Rechte Dritter. Von dieser typisierenden Betrachtungsweise auf der verfassungsrechtlichen Ebene ist die Festlegung konkreter Betätigungsformen auf der unterverfassungsrechtlichen Ebene zu unterscheiden, vgl. z.B. Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18, S. 29.

1014 Diese Sichtweise findet ihre Erklärung darin, daß das BVerfG sowie die h.L. die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 GG auf vorbehaltlose Grundrechte ablehnen, vgl. dazu die Nachw. bei Schneider, Schutz des Wesensgehalts, S. 69 Fn. 1.

1015 Vgl. Otto wie Fn. 1013, S. 46 f. u. S. 51.

1016 Vgl. BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG.

1017 Vgl. BVerfG wie Fn. 1016, unter C. IV. 1. d.G.

1018 So deutlich Kittner, GewMH 79, S. 336 f. u. Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 75 f. Zum Ganzen schon der Hinweis oben in Fn. 973.

1019 Welche durch das GG gewährleisteten Rechte Dritter allgemein bei der Abwägung mit Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG Berücksichtigung finden müssen, kann in dieser Arbeit nur z.T., insbes. im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit verschiedener Schrankenmodelle (unten unter bb,) Berücksichtigung finden.

1020 Zu den einzelnen in dieser Untersuchung relevanten Vertragsformen bereits die Hinweise oben 2. Teil (S. 65 f.).

vatrechtlichen Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter Bedeutung gewinnen. Dies bedeutet, daß dann, wenn die hier in Betracht kommenden Rechte in irgendeiner Form verfassungsrechtlich gewährleistet sein sollten[1021], eine Gegenüberstellung u. Bewertung sich dann insoweit gleichrangig gegenüberstehender Positionen unter Anwendung der Abwägungsformel vorgenommen werden müßte. Die Abwägungsformel steht somit mit der sog. Immanenzlehre des BVerfG im Einklang. Diese Lehre beinhaltet die bereits in anderem Zusammenhang erwähnte Notwendigkeit, die Grenzen vorbehaltloser Grundrechte durch Abwägung mit kollidierenden, ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgütern unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheit der Verfassung zu bestimmen.[1022] Die Anwendung der Immanenzlehre zur Verfassungsinterpretation bedeutet damit im Ergebnis auch nichts anderes, als die Herstellung praktischer Konkordanz i.S.v. HESSE[1023] oder die Berücksichtigung des (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Einschränkung von Grundrechten.[1024] Die Immanenzlehre ist nicht etwa ein Spezifikum von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, diese Figur wird auch zur Interpretation anderer vorbehaltsloser Grundrechte herangezogen.[1025]

In anderen Entscheidungen zur Koalitionsbetätigung hat das BVerfG dagegen die sog. Unerläßlichkeitsformel zur Abgrenzung des geschützten Kernbereichs von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG herangezogen.[1026]

1021 Dazu gleich näher unten unter II., 3., c,.

1022 Vgl. etwa BVerfG v. 19.10.71, BVerfGE 32, S. 108 sowie die Nachw. bei Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 75 Fn. 75. Diese Lehre hat auch im Schrifttum ganz überwiegend Zustimmung gefunden, vgl. dazu Kriele, JA 84, S. 630 m.w.N. in Fn. 4.

1023 Oben Fn. 983.

1024 Zu diesem zuletzt genannten Zusammenhang Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 250 f., insbes. Fn. 15 (S. 251); Klein, Koalitionsfreiheit, S. 38.

1025 Die in Fn. 1022 zitierten bzw. erwähnten Entscheidungen des BVerfG beziehen sich auf Art. 4 Abs. 3 S. 1, 4 Abs. 2 u. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

1026 Vgl. etwa BVerfG v. 14.4.64, AP Nr. 1 zu Art. 81 PersVG Bayern, unter II. 2. b, d.G.; BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, unter B. II. 4. a, d.G.

Nach dieser Formel, die soweit ersichtlich, nur für die Konkretisierung von Art. 9 Abs. 3 GG Anwendung findet[1027], wird die koalitionsgemäße Betätigung lediglich insoweit geschützt, wie sie zur Existenzerhaltung bzw. -sicherung resp. zur Erreichung des Koalitionszwecks als unerläßlich angesehen werden muß.[1028] Die Unerläßlichkeitsformel muß damit im Ergebnis noch restriktiver als die Abwägungsformel angesehen werden;[1029] sie steht möglicherweise mit der Immanenzlehre gar nicht mehr im Einklang.[1030]

Da die Kriterien für die Bestimmung der Unerläßlichkeit ebenfalls nicht offen gelegt werden, überrascht es nicht, daß beispielsweise BVerfG u. BAG bei der konkreten Anwendung dieser Formel zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen.[1031] Versteht man unter "unerläßlich" die unbedingt notwendige, erforderliche Koalitionsbetätigung[1032], so wird zum einen der enge Zusammenhang zum oben verwende-

---

1027 Wie hier etwa Zechlin, NJW 85, S. 591.

1028 Das Unerläßlichkeitskriterium findet damit sowohl bei der Verknüpfung von Koalitionsbetätigung u. -bestand als auch bei derjenigen von Koalitionsbetätigung u. -zweck Anwendung.

1029 Vgl. dazu den entsprechenden Hinweis von Kammerer, AuR 84, S. 68 u. Otto, Gutachten, S. 47. Dies resultiert daraus, daß bei der Unerläßlichkeitsformel im Gegensatz zur Abwägungsformel grundsätzlich keine Interessenabwägung vorgenommen wird, sondern die von Verfassungs wegen geschützte Koalitionsbetätigung von vornherein auf ein Minimum beschnitten wird. In dieser gerade skizzierten Form ist die Unerläßlichkeitsformel allerdings nur z.T. (so in den oben in Fn. 1026 zitierten Entscheidungen) verwendet worden. Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18, S. 28 f. hat nachgewiesen, daß das BVerfG im Gegensatz dazu vereinzelt auch Interessenabwägungen vorgenommen hat; dies kann für die Beurteilung des Verhältnisses beider Formeln zueinander nicht unberücksichtigt bleiben.

1030 Begründung: Die Immanenzlehre (oben vor Fn. 1022) verlangt eine Interessenabwägung.

1031 Vgl. einerseits BAG v. 14.2.78, AP Nr. 26 zu Art. 9 GG, unter II. 4. d.G. (Bejahung eines Zugangsrechts betriebsexterner Gewerkschaftsmitglieder zu kirchlichen Einrichtungen), andererseits BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, Lts. sowie unter C. II. 4. a, u. III. 1. d.G. (Ablehnung eines solchen Zugangsrechts als verfassungswidrig).

1032 So Otto wie Fn. 1029, S. 52 unter Bezugnahme auf den Duden. Vgl. auch Hanau, AuR 83, S. 257, der die notwendige, unerläßliche Koalitionsbetätigung von der nützlichen, nicht unerläßlichen (u. damit auch nicht verfassungsrechtlich gewährleisteten) Betätigung

ten Begriff der Notwendigkeit des Arbeitskampfes im Hinblick auf die Erreichung des Koalitionszwecks deutlich[1033], andererseits stellt das Kriterium der Erforderlichkeit eine Beziehung zum (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[1034] u. damit zu dem Satz, daß Grundrechtseinschränkungen verhältnismäßig sein müssen[1035], her.

In dieser Arbeit ist lediglich die Bedeutung der Kernbereichslehre für den Umfang der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung weiter zu verfolgen. Das bei vielen der oben zitierten Entscheidungen im Mittelpunkt stehende Problem der gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb, insbes. zum Zweck der Mitgliederwerbung u. -information, braucht daher nicht in Einzelheiten vertieft

---

trennen will. Zum Ganzen auch Klosterkemper, Zugangsrecht, S. 134, der offenbar "Unerläßlichkeit" mit "Erforderlichkeit" gleichsetzen will. Zur im Zusammenhang mit "Unerläßlichkeit" verwendeten synonymen Terminologie näher Klosterkemper wie oben m.w.N. in Fn. 234 ff.

1033 Dazu näher bereits oben unter d, (S. 274 f.).

1034 Dazu gleich unter bbbb,.

1035 Zu diesem Zusammenhang etwa Richardi, BAG-Festschrift, S. 446 (Erhalt jeder verfassungsrechtlichen also gleichrangigen Gewährleistung wegen der Grundsätze der Erforderlichkeit u. Verhältnismäßigkeit am Beispiel von Koalitionsfreiheit u. kirchlichem Selbstbestimmungsrecht). Damit wird m.E. deutlich, daß auch bei Heranziehung der Unerläßlichkeitsformel letztlich mittelbar über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz doch Interessenabwägungen stattfinden, obwohl dies vom BVerfG nicht ausdrücklich klargelegt wird. Damit stellt sich erneut die Frage nach den Unterschieden zwischen Unerläßlichkeits- u. Abwägungsformel. Dabei muß es besonderes Unbehagen verursachen, daß die Unerläßlichkeitsformel in ihrer restriktiven Variante (ohne Interessenabwägung) soweit ersichtlich nur bei der Interpretation von Art. 9 Abs. 3 GG, nicht aber im Zusammenhang mit anderen vorbehaltlosen Grundrechten verwendet wird. Würde man die mittelbare Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes leugnen, wäre m.E. ein Widerspruch zur Immanenzlehre die notwendige Folge. Für eine derartige Ungleichbehandlung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gegenüber anderen Freiheitsrechten sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Die von Hanau, AuR 83, S. 258 insofern aufgestellte Vermutung, der Grund hierfür liege möglicherweise darin, daß Koalitionsbetätigungen häufig in Grundrechte Dritter eingreifen, überzeugt m.E. nicht, da man dieser Tatsache ohne weiteres durch eine ausdrückliche Heranziehung u. Präzisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in seiner jeweils zutreffenden Ausprägung Rechnung tragen könnte.

zu werden.[1036]

bbb) Bedeutung der Kernbereichslehre für den Umfang des Verfassungsschutzes des Rechts auf kampfweise Betätigung

Unabh. davon, welche der beiden gerade skizzierten Formeln zur Klärung dieser Frage herangezogen wird, ist davon auszugehen, daß dem unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Ausgestaltung des Rechts auf kampfweise Betätigung ein weitreichender Gestaltungsspielraum zugestanden wird.[1037] Im folgenden ist m.E. zur Bestimmung des Kernbereichs zunächst die Unerläßlichkeitsformel zugrunde zu legen.[1038]

1036 Zum Umfang des sog. koalitionsrechtlichen - im Gegensatz zum betriebsverfassungsrechtlichen (§ 2 Abs. 2 BetrVG) - Zugangsrecht näher etwa Hanau, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 17, S. 37 ff.; Klosterkemper, Zugangsrecht, S. 91 ff.; Richardi, DB 78, S. 1736 ff.; Säcker, AuR 79, S. 39 ff.

1037 Diese Konsequenz ergibt sich m.E. grundsätzlich dann, wenn man an der Kernbereichslehre festhalten will bzw. muß, wenn es wie hier um die Zugrundelegung des Arbeitskampfsystems in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung geht. Wird nämlich die (kollektive) Koalitionsfreiheit, insbes. die koalitionsgemäße Betätigung insgesamt auch nur in einem Kernbereich durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet - vgl. außer den bereits oben in Fn. 996 aufgeführten Nachw. noch BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. b, d.G.; BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G. -, dann gilt diese Einschränkung auch für den Arbeitskampf als eine Form dieser Betätigung. In diesem Zusammenhang sei nochmals an die Hilfsfunktion des Arbeitskampfes im Hinblick auf die Tarifautonomie erinnert; die - allerdings noch weitgehend unklaren - Grenzen der Tarifautonomie sind damit auch Grenzen des Rechts auf kampfweise Betätigung, so zutr. Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 149.

1038 Zur Begründung sei darauf hingewiesen, daß diese Formel bisher vom BVerfG häufiger im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 3 GG herangezogen wurde. Außerdem kann die Abwägungsformel an dieser Stelle der Untersuchung u.U. noch nicht vollständig ausgefüllt werden, da die Analyse der Stellung des Schuldrechts in der Rechtsordnung noch aussteht.

aaaa) Bestimmung des Kernbereichs durch die Unerläßlichkeitsformel

In anderem Zusammenhang wurde in dieser Arbeit bereits festgestellt u. begründet, daß der Arbeitskampf als notwendiger Bestandteil der Tarifautonomie u. damit als ein zur Erreichung des Koalitionszwecks notwendiges Koalitionsmittel angesehen werden muß.[1039] Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß "unerläßlich" im Vergleich zu "notwendig" inhaltlich wohl noch eine Steigerung darstellt[1040], so vermag dies m.E. an der bisherigen Beurteilung des verfassungsmäßigen Schutzes des Arbeitskampfes nichts zu ändern. Würde man dem Arbeitskampf auch einen minimalen[1041] Schutz versagen, wäre die Erreichung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionszwecks sowie die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht mehr sichergestellt, da andere insoweit in Frage kommende Koalitionsmittel entweder unzulässig oder aber unzulänglich sind.[1042]

Der von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistete Umfang des Rechts auf kampfweise Betätigung kann in dieser Arbeit nur skizziert werden, da soweit ersichtlich bisher hierzu nähere Stellungnahmen fehlen u. die zum Umfang der gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb v.a. durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze selbstverständlich nicht übertragbar sind.[1043] Ohne Diskussion wird man ein vollständiges Verbot

---

1039 Dazu im einzelnen oben unter d, (S. 274 f.).

1040 A.A. Hanau, AuR 83, S. 257, der "unerläßlich" u. "notwendig" gleichsetzen will; vgl. auch Lerche, Verfassungsrecht, S. 19, der "Notwendigkeit" u. "Erforderlichkeit" als Synonyma ansieht.

1041 "Unerläßlich" verstanden als minimaler verfassungsrechtlicher Schutz, vgl. z.B. Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18, S. 28.

1042 Zu den insoweit in Betracht kommenden Schlichtungsverfahren schon oben unter d, (S. 273 f.).

1043 Der durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistete Umfang der gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb ist soweit ersichtlich nur mit der Sicherung u. Erhaltung des Koalitionsbestandes in Zusammenhang gebracht worden, vgl. nur BVerfG v. 26.5.70, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG, unter B. II. 1. a, d.G.; BVerfG v. 17.2.81, AP Nr. 9 zu Art. 140 GG, unter C. II. 4. a, d.G.; BAG v. 14.2.78, AP Nr. 26 zu Art. 9 GG, unter II. 2. d.G.; dazu auch Hanau, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 17, S. 49 f. Beim Arbeitskampf kommt es demgegenüber aber auf die instrumentelle Beziehung zwischen Koali-

des Arbeitskampfes als verfassungswidrig ansehen müssen. Der Kernbereichsbegriff impliziert gerade - unabh. davon, welcher Bestimmungsformel man insoweit folgen will -, daß ein Minimum vorhanden sein muß, das dem Zugriff des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers vollständig entzogen ist.[1044] Darüberhinaus müssen m.E. abstrakt solche Kampfformen als gewährleistet angesehen werden, die einerseits die Ausübung eines fühlbaren Druckes auf den sozialen Gegenspieler ermöglichen, andererseits aber nicht unverhältnismäßig dessen geschützte Rechtspositionen beeinträchtigen dürfen. Dies bedeutet nichts anderes, als daß einerseits die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie[1045], andererseits aber die ebenfalls durch Grundrechte gewährleisteten Rechtspositionen des jeweiligen sozialen Gegenspielers sowie potentiell kampfbetroffener Dritter Berücksichtigung finden müssen. Daraus folgt aber, daß die abstrakte Festlegung von Arbeitskampfformen, die diesen unterschiedlichen Interessen gerecht werden können, primär unter Berücksichtigung der Abwägungsformel erfolgen muß, da dieser eine solche Interessenabwägung immanent ist. Selbst dann, wenn man die Unerläßlichkeitsformel als zentralen Maßstab für die Bestimmung des Kernbereichs ansehen wollte, kommt der Abwägungsformel also ebenfalls eine nicht zu gering zu veranschlagende Bedeutung zu.[1046]

---

tionsbetätigung u. -zweck an. Auch insoweit müßte aber das Unerläßlichkeitskriterium berücksichtigt werden, wie hier Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18, S. 28.

1044 Diese Aussage hatte bereits unter der früher h.M. - Schutz der Arbeitskampffreiheit als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit (dazu oben unter a, S. 245) - Anerkennung gefunden u. bedarf daher keiner näheren Diskussion mehr, zumal das hier abgeleitete Recht auf kampfweise Betätigung ohnehin von vornherein ein Mehr an verfassungsrechtlichem Schutz impliziert.

1045 Wie hier zutr. Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 300 m.w.N. Da das Arbeitskampf- wie auch das TV-System nicht in seiner gegenwärtigen Ausprägung als verfassungsfest angesehen werden kann, wäre es denkbar, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie auch durch andere Mittel zu gewährleisten, so zutr. Seiter, Streikrecht, S. 125. Dieser Gedanke braucht hier aber nicht weiter verfolgt zu werden, da, wie bereits mehrfach klargestellt wurde, vom gegenwärtigen Arbeitskampfsystem ausgegangen werden muß u. außerdem grundlegende Alt. hierzu nicht erkennbar sind, so bereits Seiter wie oben, S. 125 Fn. 88.

1046 Zur Verbindung beider Formeln durch das BVerfG Konzen, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18, S. 28 f.

Da sich aber hinter der Abwägungsformel, wie bereits aufgezeigt wurde[1047], im Ergebnis nichts anderes als die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verbirgt[1048], kann dieser m.E. auch unmittelbar zur Fixierung des geschützten Kernbereichs des Rechts auf kampfweise Betätigung herangezogen werden, zumal dieser Grundsatz innerhalb des Arbeitskampfrechts geläufiger als die anderen erwähnten Prinzipien der Verfassungsauslegung ist.

bbbb) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und seine Bedeutung für den Umfang der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fand zuerst im Polizeirecht Berücksichtigung.[1049] Seine Anwendung ist heute aber nicht mehr hierauf beschränkt, vielmehr tritt er auch in anderen Teilrechtsgebieten in Erscheinung[1050], so im Verfassungsrecht[1051], im Straf-

---

1047 Oben Fn. 1024. Dies übersehen Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 140, wenn sie die Begrenzung des Streikrechts durch andere Grundrechte anerkennen, die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aber leugnen.

1048 Zur Parallele von Güterabwägungsprinzip u. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Hinweis bei Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 182.

1049 Vgl. die entsprechenden Hinweise bei Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 2 ff.; Joachim, in: Kittner, Streik und Aussperrung, S. 32; Pahlen, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 51. Zu den historischen Ursprüngen seines Grundgedankens ausf. Wieacker, FS für Fischer, S. 874 ff. Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im aktuellen Polizeirecht etwa Berner, PAG, Art. 4, Rdnr. 1; König, Polizeirecht, S. 80 ff.

1050 Diese Entwicklung scheint nicht unerheblich auf die Rechtsprechung des BVerfG zurückzuführen zu sein, dazu näher Hirschberg wie Fn. 1049, S. 17 m.w.N.

1051 Vgl. z.B. BVerfG v. 11.6.58, BVerfGE 7, insbes. S. 405; Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 260 ff.; Blomeyer, BAG-Festschrift, S. 21. Vgl. auch den Überblick über die Rechtsprechung des BVerfG unter besonderer Berücksichtigung einzelner Grundrechte bei Grabitz, AöR 98, S. 590 ff.

recht[1052], im Verwaltungsrecht[1053] sowie im Privatrecht[1054], insbes. im Arbeitsrecht.[1055] Der GS des BAG hat ihn 1971 erstmals im Zusammenhang mit arbeitskampfrechtlichen Fragestellungen herangezogen[1056], die spätere arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat diesen

---

1052 Vgl. Dreher/Tröndle, StGB, § 62, Rdnr. 1 (Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Anordnung von Maßregeln der Besserung u. Sicherung); Wessels, Strafrecht AT, insbes. S. 72 f. u. S. 77 ff. (Erforderlichkeit als eine Vor. für die Rechtfertigung einer Handlung im Rahmen von Notstand bzw. Notwehr); Wieacker, FS für Fischer, S. 869 f.

1053 Vgl. etwa Maurer, Verwaltungsrecht, S. 51 f.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 170.

1054 Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist hier v.a. in den Rechtfertigungsgründen des BGB, insbes. in den §§ 228 S. 1, 904 S. 1 enthalten, vgl. z.B. MünchKomm/von Feldmann, BGB, § 228, Rdnr. 3; MünchKomm/Säcker, BGB, § 904, Rdnr. 10. Zu weiteren Anwendungen des Grundsatzes im BGB Wieacker wie Fn. 1052, S. 868 f. Daher ist es unrichtig, wenn z.B. Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 136 behaupten, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz trete im Privatrecht überhaupt nicht in Erscheinung; wie hier im Ergebnis Canaris, Anm. zu BAG v. 17.10.69, AP Nr. 7 zu § 611 BGB "Treuepflicht", unter I. 1. (am Beispiel von § 138 BGB).

1055 Zu verschiedenen einzelnen Anwendungsfällen Pahlen, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 72 ff. Zur Geltung des Grundsatzes im Betriebsverfassungsrecht Blomeyer, BAG-Festschrift, S. 23 ff. Zu seiner Bedeutung im Kündigungsrecht - unter Berücksichtigung einzelner Fallgruppen - Pachtenfels, BB 83, S. 1479 ff.; dazu auch Zitscher, BB 83, S. 1285 f. (Kündigung wegen lang andauernder Krankheit als letztes Mittel).

1056 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter Teil III A. d.G. Im Schrifttum ist diese Auffassung des BAG überwiegend auf Kritik gestoßen, vgl. etwa Birk, AuR 74, S. 300; Däubler, JuS 72, S. 624 ff.; Joachim, in: Kittner, Streik und Aussperrung, S. 29 ff.; Kittner, GewMH 73, S. 408; Löwisch, ZfA 71, S. 319 ff.; Reuter, JuS 73, S. 284 f.; Säcker, GewMH 72, S. 296 ff. Kernpunkte der Kritik sind die unklare Ableitung dieses Grundsatzes durch den GS des BAG, seine inhaltliche Vagheit sowie die unrichtige Interpretation u. Anwendung dieses Prinzips. Vgl. in diesem Zusammenhang aber Richardi, NJW 78, S. 2060, der in der inhaltlichen Unbestimmtheit sogar Vorteile sehen will.

Soweit sich diese Kritik auf die fehlende inhaltliche Präzisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezieht, ist sie m.E. jedenfalls seit den Aussperrungsurteilen des BAG als obsolet anzusehen. Gegen die Anerkennung eines arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch ArbG Düsseldorf v. 30.10.81, DB 82, S. 387 f.; zust. Bobke, BB 82, S. 868.

Ansatz insoweit nicht nur übernommen, sondern noch ausgebaut bzw. präzisiert.[1057]

Eine einheitliche Terminologie bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes existiert nicht. Selbst bei einer nur kursorischen Betrachtung einschlägiger Materialien wird eine ausgesprochene Vielfalt in der Begriffsverwendung deutlich.[1058] Es ist hier nicht der Ort, in der gebotenen Ausführlichkeit auf diese terminologischen Fragen einzugehen.[1059] Daher wird in enger Anlehnung an die Rechtsprechung von BVerfG[1060] u. BAG[1061] davon ausgegangen, daß sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.w.S. aus den Teilgrundsätzen der Geeignetheit, der Erforderlichkeit u. der Proportionalität zusammensetzt.[1062] Der in diesem Zusammenhang ebenfalls häufig auftauchende Begriff "Übermaßverbot"[1063] soll lediglich als Synonym für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.w.S. angesehen werden.[1064]

1057 So deutlich v.a. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils Lts. 4. sowie unter B. d.G.

1058 Vgl. statt vieler Gentz, NJW 68, S. 1601; Lerche, Verfassungsrecht, S. 19 ff.; Wittig, DÖV 68, insbes. S. 818.

1059 Dazu ausf. etwa Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 19 ff.

1060 Vgl. z.B. BVerfG v. 14.12.65, BVerfGE 19, S. 337; BVerfG v. 15.1.70, BVerfGE 27, S. 352; BVerfG v. 16.3.71, BVerfGE 30, S. 316.

1061 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter B. I. 2. a, d.G.; BAG v. 12.9.84, DB 84, S. 2569; vgl. auch Müller, DB 84, S. 2693; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 55; von Mutius, Jura 84, S. 200; Schnapp, JuS 83, S. 852.

1062 Zu den verschiedenen im Schrifttum für diese Teilgrundsätze verwendeten Synonyma im einzelnen Hirschberg wie Fn. 1059, S. 20 f. m.w.N. in Fn. 105 ff. Krit. im Hinblick auf die gleichrangige Einbeziehung der Geeignetheit Grabitz, AöR 98, S. 571; Pahlen, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 56. Zur Zuordnung der hier zugrunde gelegten Teilgrundsätze zur empirischen oder wertorientierten Seite des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Hirschberg wie Fn. 1059, S. 44 f.

1063 Vgl. etwa Birk, AuR 74, S. 300; Blomeyer, BAG-Festschrift, S. 18; Lerche, Verfassungsrecht, S. 21; Scholz, AöR 100, S. 274.

1064 Wie hier BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter B. I. 2. a, d.G.; abl. Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 72 (Übermaßverbot als zusammenfassender Oberbegriff für die o.g. drei Teilgrundsätze).

Charakteristisch für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist das Anknüpfen an Zweck-Mittel-Beziehungen.[1065] Dabei wird von einem vorgegebenen Zweck bzw. Ziel ausgegangen u. die im Hinblick auf dessen Realisierung eingesetzten Mittel anhand der gerade erwähnten Teilgrundsätze überprüft.[1066,1067] Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß aufgrund der im Vergleich zu früher sehr viel ausgedehnteren Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht mehr generell nur Zweck-Mittel-Beziehungen als Einsatzfeld in Betracht kommen[1068], so kann dennoch im Rahmen dieser Untersuchung ohne weiteres an diesem Kriterium festgehalten werden, da beide in dieser Arbeit zunächst interessierenden, gleich näher zu beschreibenden Fallgestaltungen ohne weiteres in solche Zweck-Mittel-Beziehungen transformiert werden können.

Der Teilaspekt der Geeignetheit bedeutet allgemein die Förderung eines vorgegebenen Zwecks[1069] durch das herangezogene Mittel, wobei dieses Mittel für den angestrebten Zweck kausal sein muß.[1070] Dabei ist eine ex-ante Betrachtung vorzunehmen[1071], was zwangsläufig zu relativ geringen Anforderungen an das jeweils zu beurteilende Mittel führt.[1072]

1065 Vgl. Gentz, NJW 68, S. 1600 u. S. 1601; Grabitz, AöR 98, S. 571; Hirschberg, Verhältnismäßigkeit, S. 43; Lerche, Verfassungsrecht, S. 19; Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 4; Stein, Staatsrecht, S. 49.

1066 Beispiel: Gebrauch der Schußwaffe durch einen Polizeibeamten, um die Identität eines Verdächtigen festzustellen (vgl. Art. 46 Abs. 1 Zif. 3. BayPAG).

1067 Zu weiteren, präzisierten Anwendungsvor. für die Prüfung von Mitteln Hirschberg wie Fn. 1065, S. 43 f.

1068 Dazu näher Hirschberg wie Fn. 1065, S. 45 ff. Dies scheint v.a. im Hinblick auf den Teilgrundsatz der Proportionalität zu gelten.

1069 Vgl. BVerfG v. 16.3.71, BVerfGE 30, S. 316; BVerfG v. 10.5.72, BVerfGE 33, S. 187; Pahlen, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 52 f.

1070 So zutr. Hirschberg wie Fn. 1065, S. 50 f.

1071 Vgl. Hirschberg wie Fn. 1065, S. 51; Pahlen wie Fn. 1069, S. 53.

1072 Dazu ausf. Hirschberg wie Fn. 1065, S. 52 ff., insbes. S. 54 (Kontrolle der Geeignetheit als weitmaschiges Sieb).

Das Kriterium der Erforderlichkeit enthält als gemeinsamen Kern den Grundsatz, daß unter mehreren vorhandenen, geeigneten Mitteln das für den davon Betroffenen mildeste zu wählen ist.[1073] Die Prüfung der Erforderlichkeit muß selbstverständlich in Abhängigkeit zum jeweiligen konkreten Ziel erfolgen (Relativität des Kriteriums); im Gegensatz zur Geeignetheit ist neben einer ex-ante auch eine ex-post Betrachtung zulässig.[1074]

Der Teilaspekt der Proportionalität wird vorwiegend dahingehend umschrieben, daß ein Mittel nicht erkennbar außer Verhältnis bzw. in angemessenem Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen müsse u. den Betroffenen nicht übermäßig belasten dürfe.[1075] Es handelt sich um eine Generalklausel, wobei Mittel u. Zweck gegeneinander abzuwägen sind.[1076] Im Gegensatz zur Erforderlichkeit bedarf es einer exakten Bestimmung bzw. Präzisierung des jeweils als Bezugspunkt heranzuziehenden Zwecks.[1077]

Sowohl Rechtsnatur als auch Rechtsgrundlage (n) des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind umstr.[1078] Die verschiedenen Ableitungsver-

---

1073 Vgl. BVerfG v. 16.3.71, BVerfGE 30, S. 316; BVerfG v. 10.5.72, BVerfGE 33, S. 187; Grabitz, AöR 98, S. 573; Pahlen wie Fn. 1069, S. 53 m.w.N. der BVerfG-Rechtsprechung in Fn. 15.

1074 Vgl. Pahlen wie Fn. 1069, S. 53.

1075 Vgl. etwa BVerfG v. 9.4.75, BVerfGE 39, S. 270; Hirschberg wie Fn. 1065, S. 75 m.w.N. in Fn. 145 u. 146; auch Pahlen wie Fn. 1069, S. 53.

1076 Vgl. Hirschberg wie Fn. 1065, S. 75 ff. Die Proportionalität stellt sich - wie auch die Erforderlichkeit - als nur relativer Prüfungsmaßstab dar, vgl. Grabitz, AöR 98, S. 575; Pahlen wie Fn. 1069, S. 53 f.

1077 Dies hat seinen wesentlichen Grund darin, daß bei der Proportionalitätsprüfung Zweck u. Mittel als zwei Variable angesehen werden müssen, die gegeneinander abgewogen werden. Demgegenüber wird bei der Erforderlichkeitsprüfung von einem feststehenden Zweck ausgegangen u. mehrere verschiedene Mittel dazu in Beziehung gesetzt, vgl. Grabitz, AöR 98, S. 575; Pahlen wie Fn. 1069, S. 53 f. Vgl. in diesem Zusammenhang als Beispiel etwa den Versuch von Krejci, Aussperrung, S. 94 f., einen "Bezugspunkt" (= Zweck) für die Proportionalitätsprüfung von Arbeitskämpfen durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber zu bestimmen.

1078 Vgl. dazu den Überblick bei Pahlen wie Fn. 1069, S. 56 ff.; auch Blomeyer, BAG-Festschrift, S. 19 f.

suche[1079] machen aber deutlich, daß diesem Grundsatz Verfassungsrang zukommen muß[1080] u. er daher auch für den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber bindend ist, was insbes. im Hinblick auf Beschränkungen verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechtspositionen bedeutsam ist.

Von den verschiedenen Anwendungsgebieten kommt in dieser Arbeit von vornherein nur dem Verfassungsrecht sowie dem Arbeitskampfrecht Bedeutung zu.[1081] Der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezieht sich dabei auf die Beziehung zwischen GG u. unterverfassungsrechtlichem Gesetzgeber. Er betrifft also insbes. die Frage, ob u. wie weit Grundrechte eingeschränkt werden dürfen, um anderen damit kollidierenden Grundrechten ebenfalls zur (optimalen) Entfaltung zu verhelfen.[1082] Demgegenüber erstreckt sich die hier als arbeitskampfrechtlicher Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezeichnete Variante auf das Verhältnis zwischen Kampfgegnern, d.h. den sozialen Gegenspielern

---

1079 Genannt werden v.a. das Rechtsstaatsprinzip, Art. 19 Abs. 2 GG (z.T. i.V.m. Art. 1 GG), Art. 3 GG, Art. 1 GG sowie das Wesen der Grundrechte, dazu im einzelnen die Nachw. bei Pahlen wie Fn. 1069, S. 56 f. Fn. 38 ff.

1080 Vgl. nur Blomeyer wie Fn. 1078, S. 20 f.; Pahlen wie Fn. 1069, S. 52 u. S. 57; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 2. Die Gültigkeit dieser allgemeinen Aussage wird man nicht bestreiten können, da allen in Fn. 1079 erwähnten Ableitungsversuchen gemeinsam ist, daß einzelne Normen bzw. Prinzipien des GG herangezogen werden; wie hier Schnapp, JuS 83, S. 852 (unter Hinweis auf das BVerfG).

1081 Zur Geltung sowohl der öffentlichrechtlichen (verfassungsrechtlichen) als auch der privatrechtlichen Komponente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitskampfrecht Brodmann, Arbeitskampf, S. 105 ff.; Zöllner, ZfA 73, S. 237 (Doppelfunktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Arbeitskampfrecht).

1082 Vgl. etwa Klein, Koalitionsfreiheit, S. 67; Krejci, Aussperrung, S. 90 f.; Pahlen wie Fn. 1069, S. 52. Ob die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes allein bereits zur optimalen Entfaltung von verschiedenen miteinander kollidierenden grundgesetzlich gewährleisteten Rechtspositionen i.S. praktischer Konkordanz führt, wird z.T. bestritten, kann in dieser Arbeit aber nicht näher untersucht werden; abl. z.B. Grabitz, AöR 98, S. 576; a.A. Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 467 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liefert wichtige Leitlinien zur Herstellung praktischer Konkordanz). Wesentlich ist aber m.E., daß beiden Prinzipien das Güterabwägungsprinzip immanent ist u. damit eine wichtige Parallele besteht.

untereinander sowie gegenüber nicht kampfbeteiligten Dritten. Diese Spielart erlangt also auf der privatrechtlichen Ebene Geltung[1083] u. betrifft damit u.a. auch das Problem, wann ein Arbeitskampf privatrechtliche Ansprüche der hiervon Betroffenen auszulösen vermag.

Ein weiterer, damit eng zusammenhängender Unterschied zwischen beiden eben dargestellten Varianten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes besteht m.E. darin, daß der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausschließlich einen abstrakt-generellen Maßstab enthält. Er fragt danach, welche Einschränkungen des Rechts auf kampfweise Betätigung zugunsten gleichrangig gewährleisteter Rechte Dritter allgemein mit Art. 9 Abs 3 S. 1. GG vereinbar sind, z.B. welche Kampfformen abstrakt der Interessenabwägung mit den zu berücksichtigenden gleichrangigen Rechten entsprechen[1084], m.a.W. Worten welche Kampfformen den sozialen Gegenspielern im Rahmen eines Arbeitskampfsystems zur Verfügung zu stellen sind. Der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat damit die Funktion einer Schranken-Schranke.[1085] Die arbeitskampfrechtliche Variante ist demgegenüber primär konkret-individuell ausgerichtet. Sie hat v.a. das Problem zum Gegenstand, wann Arbeitskämpfe privatrechtlich rechtmäßig oder rechtswidrig sind bzw. waren. Auch wenn nicht verkannt werden soll, daß die Teilgrundsätze des arbeitskampfrechtlichen weitgehend denjenigen des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen[1086] u. selbstverständlich insoweit allgemein formuliert sind, als daß sie von

---

1083 Diese privatrechtliche Dimension des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die häufig übersehen wird - vgl. nur Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 135 ff. - kommt in mehreren BAG-Entscheidungen zum Arbeitskampfrecht deutlich zum Ausdruck, vgl. z.B. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art.9 GG "Arbeitskampf", unter Teil I sowie unter Teil III A. 1. d.G.; BAG v. 17.12.76, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Sv. sowie unter 3. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Sv.

1084 Dem steht nicht entgegen, daß dieser Maßstab selbstverständlich im konkreten Einzelfall angewendet u. zu diesem Zweck entsprechend präzisiert werden muß, so zutr. Grabitz, AöR 98, S. 576 (zur Proportionalitätsprüfung); dieser Satz gilt m.E. mit Einschränkungen auch für die beiden anderen Teilgrundsätze.

1085 Darunter ist zu verstehen, daß es sich um eine Begrenzung für den einfachen Gesetzgeber bei der Beschränkung von grundrechtlichen Gewährleistungen handelt, vgl. etwa Säcker, GewMH 72, S. 297 f.

1086 Zu den Unterschieden im einzelnen unten unter cccc, aaaaa, (4.).

vornherein feststehen u. jedenfalls grundsätzlich für die privatrechtliche Beurteilung aller Arbeitskämpfe heranzuziehen sind[1087], so kann doch gleichwohl das endgültige Urteil über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfes in manchen Fällen nur ex-post am konkreten Einzelfall gefällt werden.[1088]

Dies bedeutet, daß an dieser Stelle zunächst nur der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz von Interesse ist. Eine Einschränkung der Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung muß also im Hinblick auf die ebenfalls so weitgehend als nur mögliche Verwirklichung gleichrangig gewährleisteter Rechte Dritter geeignet, erforderlich u. proportional sein.[1089] Da der einfache Gesetzgeber entgegen der bestehenden Verpflichtung die unterverfassungsrechtliche Ausgestaltung dieser Vorgabe (noch) nicht abschließend vorgenommen hat, ist auf die von der Rechtsprechung sowie vom arbeitsrechtlichen Schrifttum entwickelten Kriterien zurückzugreifen[1090], mit denen rechtmäßige von rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen abgegrenzt wer-

---

1087 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. I. 4. a, d.G. (Notwendigkeit der Aufstellung abstrakter Grundsätze innerhalb einer Arbeitskampfordnung). Andernfalls könnten die sozialen Gegenspieler die Einleitung von Kampfmaßnahmen nicht gezielt planen. Würde nämlich jeweils nur eine ex-post Prüfung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen durch die Gerichte aufgrund vorher nicht feststehender Kriterien vorgenommen werden, so würden die sozialen Gegenspieler wegen des nicht kalkulierbaren Risikos von der Durchführung von Arbeitskämpfen abgehalten, was nicht ohne Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie bleiben würde, dazu BAG wie oben, unter B. I. 3. b, d.G. m.w.N.

1088 Beispiel: ein grundsätzlich zulässiger Erzwingungsstreik (dazu noch näher unter cccc, bbbbb, (1.)) kann im Einzelfall rechtswidrig sein, weil die Beachtung einzelner Rechtsmäßigkeitsvor. fehlt. Diese Situation kann sich etwa dann ergeben, wenn z.B. die tarifliche Regelbarkeit einer Forderung nicht ohne weiteres ersichtlich ist, den Gewerkschaften aber nicht zugemutet werden kann, auf die Durchführung eines Streiks zu verzichten, vgl. zu einem derartigen Fall BAG v. 21.3.78, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. u. 3.

1089 Zu diesem Ansatzpunkt schon oben unter aaa, (S. 321 f.).

1090 Dazu gleich näher unter cccc, aaaaa, (1.) - (5.).

den.[1091] Diese Kriterien können deshalb hier im folgenden aufgegriffen werden, da bei Untätigkeit des einfachen Gesetzgebers die Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung berechtigt ist u. diese soweit ersichtlich bisher insoweit keinen überzeugenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt war.[1092,1093]

Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen können daher m.E. rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen als durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet angesehen werden, da sie dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen u. daher zur Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie[1094] u. den ebenfalls auf Verfassungsebene gewährleisteten Rechten potentiell Kampfbetroffener führen.[1095] Ob diese Beurteilung auch bei Zugrundelegung der Unerläßlichkeitsformel Geltung beanspruchen kann, könnte zweifelhaft sein, da der Umfang des geschützten Kernbereichs nach dieser Formel z.T. als noch beschränkter angesehen

---

1091 Diese Kriterien können als Ergebnis der Anwendung bzw. als Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesehen werden.

1092 Soweit ersichtlich ist die bisherige Rechtsprechung des BAG sowie des BGH zum Arbeitskampfrecht vom BVerfG noch nicht beanstandet worden, vgl. z.B. BVerfG v. 19.2.75, AP Nr. 50 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. sowie unter II.d.G. (keine Beeinträchtigung von Grundrechten durch Verbot der lösenden Aussperrung von BR-Mitgliedern); BVerfG v. 2.7.79, AP Nr. 61 a zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. (Beurteilung des Dienstes nach Vorschrift von Fluglotsen als sittenwidrig verstößt nicht gegen Grundrechte). Vgl. auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 44, der ebenfalls gegen die Bestimmung von Rechtmäßigkeitsvor. durch den Gesetzgeber keine verfassungsrechtlichen Bedenken hat.

1093 Die Richtigkeit dieser Beurteilung wird m.E. v.a. dadurch offenkundig, daß diese Kriterien der Hilfsfunktion des Arbeitskampfes für die Tarifautonomie erkennbar Rechnung tragen.

1094 Die Tarifautonomie ist deshalb als Bezugspunkt heranzuziehen, weil sie durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG in einem Kernbereich gewährleistet wird u. daher ebenfalls Verfassungsrang hat (dazu näher oben unter c, S. 269 f.). Dabei kann es hier unentschieden bleiben, ob es sich nur um eine Einrichtungsgarantie handelt oder ob gleichzeitig - was m.E. im Hinblick auf den Inhalt der Tarifautonomie naheliegender ist - auch Grundrechte der tariffähigen Parteien gewährleistet werden.

1095 Vgl. z.B. die durch Art. 14 GG gewährleisteten Rechte von Unternehmern, die durch Streiks tangiert werden können.

wird.[1096] M.E. bestehen aber zwischen beiden Formeln im Ergebnis wenn überhaupt nur graduelle u. daher hier zu vernachlässigende Unterschiede, da man unabh. davon, von welcher Formel man ausgeht, an einer Interessen- bzw. Güterabwägung unter Anwendung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auf keinen Fall vorbeikommen wird.[1097] Für die in Gegenwart u. Vergangenheit in der Praxis eingesetzten Arbeitskampfformen wird man daher m.E. zunächst davon ausgehen können, daß rechtmäßige Arbeitskampfformen durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet werden, während rechtswidrige Kampfformen von vornherein keinen Verfassungsschutz durch diese Verfassungsnorm beanspruchen können.[1098] Ob dieser Satz auch für neue bzw. zukünftige Kampfformen gilt[1099], oder ob man insoweit u.U. noch eine gesonderte Unerläßlichkeitsprüfung vornehmen müßte, kann hier offen bleiben, da nur das Arbeitskampfsystem in seiner gegenwärtigen Ausprägung Berücksichtigung finden kann.[1100]

Entsprechen daher rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen auch dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, so muß m.E. daraus abgeleitet werden, daß von derartigen Arbeitskämpfen unmittelbar oder mittelbar Betroffene auch die für sie negativen Folgen hinzunehmen ha-

---

1096 Dazu oben Fn. 1029.

1097 Zur Begründung für diese Sichtweise sei nochmals die Beziehung zwischen dem Unerläßlichkeitskriterium u. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Erinnerung gerufen (im einzelnen oben Fn. 1032 u. 1035); vgl. zu dieser Parallele auch den Hinweis von Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 66. Zur Heranziehung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Lösung von Grundrechtskollisionen wie hier Scholz, DB 79 (Beilage 10), S. 18.

1098 Wie hier im Ergebnis LAG Hamm v. 19.4.84, DB 84, S. 1525.

1099 Vgl. v.a. die erst seit relativ kurzer Zeit von diversen Gewerkschaften praktizierte sog. Neue Beweglichkeit, dazu noch näher unten unter cccc, bbbbb, (2.). Zur fehlenden Verfassungsgarantie von Betriebsblockaden u. Versperrungsaktionen anläßlich eines Arbeitskampfes in der Druckindustrie LAG Köln v. 2.7.84, DB 84, S. 2095 f.

1100 Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf es einer solchen Prüfung nicht mehr, da im Ergebnis kein Unterschied zwischen beiden Formeln festgestellt werden konnte.

ben.[1101] Deren schützenswerte Rechte haben nämlich grundsätzlich bereits insoweit Berücksichtigung gefunden, als sie zu einer Einschränkung des Rechts auf kampfweise Betätigung geführt haben.[1102] Zweifelhaft könnte allenfalls noch sein, ob die gleich zu skizzierenden einzelnen Rechtmäßigkeitskriterien auch wirklich alle gleichrangigen Rechte potentiell Kampfbetroffener berücksichtigen. Dies betrifft v.a. schuldrechtliche Rechte kampfunbeteiligter Dritter u. muß daher noch gesondert geprüft werden.[1103] Bereits an dieser Stelle ist aber m.E. festzuhalten, daß sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wichtige Folgerungen im Hinblick auf den Geltungsbereich eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht ergeben.[1104]

cccc) Gewährleistung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG

"Arbeitskampfmaßnahmen" ist der Oberbegriff für Streik, Aussperrung u. Boykott.[1105]

1101 Wie hier Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 121; vgl. auch BAG, v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III A. 1. u. 2. a, d.G.; Säcker, GewMH 72, S. 295.

1102 Diese Einschränkung ist darin zu sehen, daß rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen grundsätzlich nicht den Schutz durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG beanspruchen können. Zu den Auswirkungen für die privatrechtliche Haftung im hier zu behandelnden Zusammenhang die Hinweise unten unter II., 3., c, cc,.

1103 Dazu ausf. unter II. Zur mangelhaften Berücksichtigung dieses Aspekts bereits die Hinweise oben vor § 1 (S. 128 f. u. Fn. 58).

1104 Darauf wird bei der abschließenden Diskussion des Geltungsbereichs eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht wieder zurückzukommen sein (unten unter III., 4., e,). Damit ist noch nicht festgestellt, ob für die Festlegung dieses Geltungsbereichs noch andere Grundsätze bedeutsam sind.

1105 Vgl. statt vieler etwa Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 17; Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 141; Schaub, Handbuch, S. 1133; Söllner, Arbeitsrecht, S. 73. Von diesen Arten resp. Mitteln des Arbeitskampfes sind seine verschiedenen konkreten Erscheinungsformen zu unterscheiden (dazu gleich unten unter bbbbb,). Auf die individualrechtlich angelegten Kampfmittel (z.B. Massenkündigung, kollektive Ausübung von Zurückbehaltungsrechten) wird hier nicht eingegangen, da sie in der Praxis kaum eine Rolle spielen, vgl. dazu näher etwa Brox wie oben, S. 26 f. u. S. 28 f.

Der Streik wird allgemein definiert als die von mehreren AN planmäßig u. gemeinsam durchgeführte Arbeitsniederlegung, um für sich oder andere AN ein bestimmtes Ziel, i.d.R. die Verbesserung der aktuellen Arbeitsbedingungen zu erreichen.[1106] Der Streik ist das wichtigste Kampfmittel der AN bei Auseinandersetzungen mit dem sozialen Gegenspieler.[1107]

Die Aussperrung als klassisches Kampfmittel der AG ist die von einem oder mehreren AG planmäßig durchgeführte Ausschließung mehrerer AN von der Arbeit unter Verweigerung der Arbeitsvergütung zur Erreichung eines bestimmten Ziels.[1108] Ob neben diesen objektiven Vor. noch jeweils bei Streik u. Aussperrung eine subjektive Komponente[1109] begriffsnotwendig ist, wird uneinheitlich beantwortet.[1110] Wegen der i.d.R. schwierigen Feststellung eines solchen Kriteriums[1111] wird man m.E. darauf ohne weiteres verzichten können.

1106 Vgl. statt vieler LAG Köln v. 2.7.84, DB 84, S. 2095; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 74; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter A. I. 2.; a.A. Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 147, der die Arbeitsniederlegung durch einen einzelnen AN genügen lassen will, da die gewerkschaftliche Führung des Streiks für die kollektive Prägung der Aktion sorge. I.d.R. ist dabei von der Initiative der AN-Seite auszugehen, die mit Hilfe von Angriffsstreiks eine Verbesserung der gegenwärtigen Arbeitsbedingungen anstrebt. Zu aktiven Elementen bei der streikweisen Arbeitsniederlegung Hueck, FS für Herschel 1955, S. 40.

1107 Zu den in Abhängigkeit verschiedener Kriterien möglichen Untergliederungen von Streiks ausf. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 18 ff.

1108 Vgl. statt vieler Brox, JA 82, S. 221; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, unter A. I. 2.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 76; Schaub wie Fn. 1106, S. 1135. Die Aussperrung ist bislang nach 1945 in praxi nur in der Form von Abwehraussperrungen in Erscheinung getreten. Zu den möglichen Untergliederungen von Aussperrungen etwa Brox wie Fn. 1107, S. 22 ff.

1109 Beim Streik die Absicht, die Arbeit wieder aufzunehmen; bei der Aussperrung die Absicht, die AN weiter zu beschäftigen.

1110 Für die Berücksichtigung einer subjektiven Komponente Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 141; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 879 m.w.N. in Fn. 9 b; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 12 f. u. S. 21; bei Aussperrungen auch BAG v. 6.12.63, AP Nr. 31 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. sowie unter II. 3. a, d.G. m.w.N. der BAG-Rechtsprechung.

1111 So zutr. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 18 u. S. 22; Söllner, Arbeitsrecht, S. 75 u. S. 76.

Der arbeitsrechtliche Boykott wird i.d.R. umschrieben als die von einer Kampfpartei (AG oder AN) oder von einem Dritten planmäßig durchgeführte Absperrung des Kampfgegners vom geschäftlichen Verkehr zur Erreichung eines bestimmten Ziels.[1112] Der Terminus "Boykott" wird heute vorwiegend als Oberbegriff für die von einer Kampfpartei selbst oder durch Dritte vorgenommene Absperrung verwendet;[1113] er kann sich sowohl auf Arbeitsverträge als auch auf andere schuldrechtliche Verträge beziehen.[1114] In dieser Arbeit kann im folgenden auf eine besondere Berücksichtigung des Boykotts verzichtet werden. Der Boykott ist primär auf den Nichtabschluß von Verträgen gerichtet, während hier gerade der wirksame Abschluß von schuldrechtlichen Verträgen mit kampfunbeteiligten Dritten vorausgesetzt wird.[1115] Außerdem hat der Boykott bislang in der Arbeitskampfpraxis der BRD kaum praktische Bedeutung erlangt.[1116] Der soweit ersichtlich einzige relevante Vorgang aus neuerer Zeit betraf zudem die Seeschiffahrt.[1117] Die dort

---

1112 Vgl. statt vieler Binkert, Boykottmaßnahmen, S. 16 f.; Brox wie Fn. 1111, S. 25; ähnl. auch Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf IV, unter II. 1. Vom hier erwähnten arbeitsrechtlichen Boykott sind die Fälle der Verfolgung anderer wirtschaftlicher oder nichtwirtschaftlicher Interessen zu unterscheiden, vgl. etwa Birk, AuR 74, S. 297 m.w.N. in Fn. 73 u. 74.

1113 Vgl. Brox wie Fn. 1111, S. 25; zur Gegenposition Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 908 f. (Boykott u. Sperre als Unterfälle der arbeitsrechtlichen Behinderung).

1114 Vgl. Brox wie Fn. 1111, S. 25; Hueck/Nipperdey wie Fn. 1113, S. 910; abw. Birk, AuR 74, S. 297, der nur Arbeitsverträge berücksichtigen will. Vgl. auch die Einschränkungen bezüglich der sonstigen Verträge bei Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf IV, unter II. 2. c,.

1115 Vgl. dazu bereits die oben (Einl., S. 5 f.) aufgeführten Fallgruppen des Subuntersuchungsgegenstandes; auch bei der dort unter 2. skizzierten Fallkonstellation kann der Boykott keine Rolle spielen, da diese Konstellation eng mit Fallgruppe 1. im Zusammenhang steht, zum Ganzen bereits oben 2. Teil (S. 63 f.).

1116 Wie hier Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 141; Weireter, Sozialadäquanz, S. 2; ähnl. auch Wohlgemuth, AuR 83, S. 374.

1117 Es handelt sich dabei um den 1973 von der Gewerkschaft ÖTV inszenierten Seeschiffahrtsboykott, mit dem bezweckt wurde, Reeder, die nicht tarifgebunden waren, zum Abschluß von TV bzw. zum Eintritt in den AG-Verband zu zwingen. Zur Entstehungsgeschichte u. zum Ablauf dieser Aktion näher Seiter, Arbeitskampfparität, S. 15 ff.; dazu auch Binkert, Boykottmaßnahmen, S. 15 f. Zum Ganzen ferner ausf. Birk, Rechtsgutachten, S. 93 ff.; zur rechtlichen Beurteilung dieser Maßnahme durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung

bestehenden Besonderheiten des Arbeitskampfrechts im Vergleich zu den landgebundenen Wirtschaftszweigen[1118] stehen einer notwendigen Verallgemeinerung entgegen. Im folgenden werden also unter Arbeitskampfmaßnahmen nur noch Streiks u. Aussperrungen verstanden.

aaaaa) Überblick über die Voraussetzungen für die abstrakt-generelle Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen

Ob die vom arbeitsrechtlichen Schrifttum sowie von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, nach denen die Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen u. ihren einzelnen Erscheinungsformen - u. damit nach der hier vertretenen Auffassung auch ihre Privilegierung durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG - abstrakt-generell zu beurteilen ist, wirklich allgemeingültig sind, d.h. ob alle gegenwärtigen u. zukünftigen Kampfstrategien im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit allein hiernach beurteilt werden, ist str.[1119] Für den wohl wichtigsten Fall des Erzwingungsarbeitskampfes werden sie jedoch ohne Einschränkungen anerkannt u. sollen daher im folgenden kurz skizziert werden, um die Reichweite der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Arbeitskampfmaßnahmen noch zu präzisieren.[1120]

Seiter wie oben, S. 16 ff. Str. ist allerdings, ob überhaupt ein Boykott oder aber ein Sympathiestreik vorgelegen hat. Dieser Streit hat seine Ursache in der schwierigen Abgrenzung beider Erscheinungen, vgl. nur Birk, AuR 74, S. 298.

1118 Zur insoweit unterschiedlichen Beurteilung Seiter wie Fn. 1117, S. 18. Auf die besonderen Verhältnisse in der Seeschiffahrt, insbes. auf die dort bestehenden verbandspolitischen Besonderheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden.

1119 Befürwortend wohl Rüthers, Anm. zu BAG v. 17.12.76, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 4 ff. (für den Warnstreik); ders., in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, insbes. S. 84 (Sympathiearbeitskampf) u. S. 96 (Warnstreik); auch Zöllner, FS für Böttcher, S. 432 (unter besonderer Berücksichtigung neuer Arbeitskampfformen). A.A. BAG v. 17.12.76, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 3. d.G. (keine uneingeschränkte Geltung des ultima-ratio-Grundsatzes beim Warnstreik); BAG v. 21.12.82, DB 83, S. 1098 f. (kein Verstoß gegen die relative Friedenspflicht bei Sympathiestreiks).

1120 Diese Grundsätze beanspruchen sowohl für Streiks als auch für Aussperrungen Gültigkeit. Auf mögliche Besonderheiten bei der Aussperrung wird falls erforderlich jeweils hingewiesen.

(1.) Führung von Arbeitskämpfen nur durch tariffähige Parteien

In diesem Erfordernis kommt deutlich der enge Sachzusammenhang zwischen Arbeitskampf, TV u. Tarifautonomie zum Ausdruck. Da nur tariffähige Parteien wirksam TV abschließen[1121] u. damit den von der Tarifautonomie überlassenen Spielraum auch ausgestalten können, überrascht es nicht, daß auch Arbeitskämpfe, die nach der hier vertretenen Auffassung nicht als Selbstzweck, sondern wie TV als Hilfsinstrument der Tarifautonomie anzusehen sind[1122], Einschränkungen im Hinblick auf die zur Ausübung dieses Koalitionsmittels Berechtigten unterliegen. Diese Privilegierung tariffähiger Parteien verstößt nicht gegen das durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistete individuelle Recht auf kampfweise Betätigung[1123], da zwischen Rechtsträgerschaft u. Ausübungsrecht zu unterscheiden ist u. daher die Ausübung unterverfassungsrechtlich abw. ausgestaltet werden kann.[1124] Insbes. können die Grundrechtsträger auf diesem Weg nur zur gemeinschaftlichen Ausübung dieses Rechts berechtigt werden. Die insoweit festzustellende Diff. zwischen AG u. AN ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Zum einen handelt es sich nicht um eine unsachgemäße Ungleichbehandlung[1125], zum anderen kommt diese Ausgestaltungsform den AN ebenso zugute wie die Privilegierung der Gewerkschaften.[1126]

1121 Vgl. statt vieler Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 347; Nipperdey/Säcker, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II A, unter I. 1. a, u. b.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 2, Rdnr. 9.

1122 Dazu ausf. oben unter d, (S. 272 ff.).

1123 Vgl. dazu oben unter e, (S. 305 ff.). Dieser Gesichtspunkt wird von den Kritikern der h.M. häufig ignoriert, vgl. etwa Klein, Koalitionsfreiheit, S. 87.

1124 Dazu schon die Hinweise in Fn. 954.

1125 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. 2. d.G. Auch das BVerfG hat § 2 TVG, der die rechtliche Grundlage für die Tariffähigkeit u. damit auch für die Befugnis zur Ausübung des Rechts auf kampfweise Betätigung bildet, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bisher nicht beanstandet, vgl. BVerfG v. 19.10.66, AP Nr. 24 zu § 2 TVG, unter C. I. 1. d.G.

1126 Dadurch wird v.a. sichergestellt, daß den Gewerkschaften immer ein potentieller Partner für den Abschluß von TV gegenüber steht.

(2.) Vereinbarkeit mit bestehenden Tarifverträgen

Diese Vor. bedeutet konkret, daß Arbeitskampfmaßnahmen nicht gegen die automatisch zum Inhalt von TV zählende tarifliche Friedenspflicht verstoßen dürfen. Solange eine wirksame Tarifregelung besteht, ist die Tarifautonomie insoweit ausgefüllt u. daher besteht auch keine Notwendigkeit für die Ergreifung von Arbeitskampfmaßnahmen. Die systematisch dem schuldrechtlichen Teil des TV zuzuordnende Friedenspflicht[1127] beinhaltet sowohl die Verpflichtungen jeder Vertragspartei, während der Laufzeit eines TV Kampfmaßnahmen u. deren Förderung zu unterlassen als auch alle gebotenen Mittel einzusetzen, um den Arbeitsfrieden zu erhalten. Dazu zählt insbes. auch die Pflicht, auf die jeweiligen Verbandsmitglieder entsprechend einzuwirken (sog. Einwirkungspflicht).[1128] Die schuldhafte Verletzung der Friedenspflicht löst die Rechtsfolgen des Leistungsstörungsrechts sowie diejenigen von unerlaubten Handlungen aus.[1129] I.d.R. gilt nur eine sog. relative Friedenspflicht, d.h. sie bezieht sich nur auf die in einem TV konkret geregelten Arbeitsbedingungen.[1130] Ihre Reichweite ist ggf. durch Auslegung zu ermitteln.[1131] Die relative Friedenspflicht kann durch Parteivereinbarung erweitert u. somit u.U. zur absoluten Friedenspflicht werden.[1132]

1127 Vgl. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 362; Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 75; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 304 f. Zum Ganzen bereits oben 2. Teil (S. 98 ff.).

1128 Vgl. z.B. Buchner, AR-Blattei, D, Tarifvertrag V, unter C. II. 4.; Loritz, ZfA 82, S. 104; Nipperdey, FS für Schmitz, S. 275; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 325. Zur Haftung bei Verletzungen tariflicher Pflichten auch die Hinweise oben 2. Teil (S. 100 ff.).

1129 Neben der Vertragsverletzung kann gleichzeitig eine unerlaubte Handlung wegen Verletzung des Rechts am Unternehmen vorliegen.

1130 Vgl. BAG v. 21.12.82, DB 83, S. 1098; Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 151; Buchner wie Fn. 1128, unter C. II. 3.; Dietz, FS für Herschel 1955, S. 51; Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 217; Nipperdey wie Fn. 1128; Wiedemann/Stumpf wie Fn. 1128, § 1, Rdnr. 336.

1131 Vgl. statt vieler Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 140.

1132 Vgl. BAG v. 21.12.82, DB 83, S. 1098 u. S. 1099; Bobrowski/Gaul wie Fn. 1127, S. 363; Nipperdey wie Fn. 1128; Wiedemann/Stumpf wie Fn. 1128, § 1, Rdnr. 344.

Die Friedenspflicht entfaltet i.d.R. nur im Verhältnis zwischen den sozialen Gegenspielern untereinander, nicht aber gegenüber Dritten rechtliche Wirkungen.[1133] Daraus folgt v.a., daß man zwar die tarifliche Friedenspflicht als relative Schranke des Rechts auf kampfweise Betätigung ansehen muß - während der Laufzeit eines TV wird ein hinsichtlich der dort bereits geregelten Gegenstände geführter Arbeitskampf in keinem Fall durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert - nicht aber, daß anderen schuldrechtlichen Pflichten, insbes. solchen aus den hier relevanten schuldrechtlichen Verträgen, auch diese Wirkung zukommt.[1134] Derartige Pflichten können nur aus anderen Rechtsgründen zu einer Beschränkung des Rechts auf kampfweise Betätigung führen.[1135]

(3.) Vereinbarkeit mit dem geltenden Tarifrecht

Auch dieses Merkmal ist wiederum im Hinblick auf die instrumentelle Funktion des Arbeitskampfes gegenüber der Tarifautonomie zu sehen bzw. zu erklären. Nur dann, wenn überhaupt die Ausfüllung der Tarifautonomie in Frage steht, d.h. wenn das von einem sozialen Gegenspieler angestrebte Ziel einer tariflichen Regelung zugänglich ist, kann dieses Ziel (auch) durch einen Arbeitskampf verfolgt werden. Die Problematik dieser Vor. besteht weniger im Hinblick auf die Beschränkung von Arbeitskampfmaßnahmen auf tariflich regelbare Ziele, umstr. sind viel-

---

1133 Vgl. Bobrowski/Gaul wie Fn. 1127; Buchner wie Fn. 1128, unter C. II. vor 1.; Rüthers wie Fn. 1131, S. 138; Seiter, Streikrecht, S. 507.

1134 So aber ohne tragfähige Begründung Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 19. Die Friedenspflicht stellt eine schuldrechtliche Verpflichtung besonderer Art dar insofern, als sie nur von besonderen Vertragsparteien, den tariffähigen Verbänden, vereinbart werden u. demzufolge auch nur insoweit Pflichten begründen kann. Kampfunbeteiligte Dritte im hier verstandenen Sinne stehen nur unter engen Vor. innerhalb dieser Wirkungen (im einzelnen oben 2.Teil, S. 101 f.). Die Friedenspflicht stellt somit auch im allgemeinrechtlichen Sinne grundsätzlich eine relative Pflicht dar, so zutr. Galperin, FS für Nipperdey 1965, S. 217.

1135 Unrichtig insoweit BAG v. 31.10.58, AP Nr. 2 zu § 1 TVG "Friedenspflicht", unter II. 5. e, d.G. (soweit mit der Formulierung, freiwillige Verpflichtungen führten zu einer Beschränkung der Arbeitskampffreiheit, generell alle schuldrechtlichen Pflichten gemeint sein sollten).

mehr die Grenzen der Tarifautonomie selbst.[1136] Einerseits wird eine Beschränkung auf Fragen verbandsmäßiger Lohngestaltung als zu eng angesehen[1137], andererseits wird aber die Erfassung der Gesamtheit der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen wiederum viel zu weit sein, da dieser Koalitionszweck nicht nur durch Abschluß von TV realisiert werden kann.[1138] Trotz dieser Schwierigkeit wird man m.E. § 1 TVG zumindest als wichtigen Anhaltspunkt ansehen können: Die dort aufgeführten Gegenstände können zulässigerweise Inhalt des normativen Teils eines TV sein[1139], man wird sie daher bei der Bestimmung des Umfangs der durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Tarifmacht nicht unberücksichtigt lassen dürfen.

(4.) Vereinbarkeit mit dem arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Auf die allgemeinen Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen.[1140] Diese beanspruchen grundsätzlich auch für den nun im Blickpunkt stehenden arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Geltung. Unterschiede ergeben sich insofern, als die dort zugrunde gelegten Teilgrundsätze noch präzisiert bzw. ergänzt werden müssen. Im Zusammenhang mit der Erfor-

---

1136 Dazu schon der Hinweis oben unter c, (S. 270 f.).

1137 So Loritz, ZfA 82, S. 94; Rüthers, Tarifmacht, S. 17; Söllner, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 16, S. 27; vgl. auch Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl, Rdnr. 161 (keine Beschränkung der Regelungszuständigkeit der TV-Parteien auf die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses). Vgl. aber in diesem Zusammenhang BAG v. 21.3.78, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter III. 1. d.G. (Diff. eines tariflichen Urlaubsgeldes nach der Gewerkschaftszugehörigkeit ist nicht tariflich regelbar).

1138 Vgl. nur die Gewährleistung eines Kernbereichs koalitionsgemäßer Betätigung im Betriebsverfassungs- u. Personalvertretungswesen (oben unter c, S. 267). Vgl. dazu auch Loritz wie Fn. 1137, S. 95 (Handlungsbereich der TV-Parteien ist nur zur Schaffung einer gerechten Ordnung des Arbeitslebens eröffnet); Löwisch, Anm. zu LAG Hamm v. 16.6.81, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 20, 4. Forts.-Blatt (Regelungen betrieblicher Fragen können nicht Gegenstand rechtmäßiger Streiks sein).

1139 Zum Inhalt der in § 1 TVG genannten Normenbereiche ausf. Wiedemann/Stumpf, TVG, § 1, Rdnr. 150 ff., 210 ff., 248 ff. u. 260 ff.

1140 Oben unter bbbb, (S. 330 ff.).

derlichkeit ist das ultima-ratio-Prinzip zu nennen, d.h. Arbeitskampfmaßnahmen dürfen nur nach erfolgloser Ausschöpfung aller Verhandlungsmöglichkeiten, also als letztes Mittel im Hinblick auf einen Tarifabschluß ergriffen werden.[1141] Der Teilgrundsatz der Proportionalität ist dahingehend zu präzisieren, daß Arbeitskampfmaßnahmen nach den Regeln eines fairen Kampfes geführt werden müssen, d.h. neben Zeitpunkt u. Ziel ist auch die Art der Durchführung sowie seine Intensität zu berücksichtigen. Insbes. darf ein Arbeitskampf nicht zur Vernichtung des sozialen Gegenspielers führen.[1142] Ferner ist die Forderung, daß nach Beendigung des Kampfes der Arbeitsfrieden so schnell u. umfassend wie nur möglich wiederherzustellen ist[1143], der Proportionalität zuzuordnen.[1144]

Der Zweck, mit dem der Arbeitskampf beim arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Beziehung gesetzt werden muß, ist die jeweilige Forderung eines der sozialen Gegenspieler, die einer tariflichen Regelung zugeführt werden soll[1145], womit wiederum der enge Zusammenhang zur Tarifautonomie deutlich wird. Daraus folgt, daß die angestrebten Ziele bezüglich ihrer Angemessenheit nicht der richterlichen Nachprüfung unterliegen dürfen, da andernfalls in die Tarifautonomie eingegriffen werden könnte.[1146] Das jeweils angestrebte Ziel

---

1141 Vgl. etwa BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III A. 2. a, d.G. m.w.N. der BAG-Rechtsprechung; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 122. Zur Zuordnung des ultima-ratio-Prinzips zum Teilgrundsatz der Erforderlichkeit Seiter, Streikrecht, S. 514; ders., BAG-Festschrift, S. 592.

1142 Vgl. BAG wie Fn. 1141, unter Teil III A. 2. b, d.G.

1143 Vgl. BAG wie Fn. 1141, unter Teil III A. 2. c, d.G.

1144 Die Zuordnung der beiden zuletzt genannten Aspekte zur Proportionalität kann m.E. damit begründet werden, daß an dieser Stelle der Prüfung bereits feststeht, daß zur Erreichung des angestrebten tarifpolitischen Ziels ein Arbeitskampf erforderlich ist, der konkret geführte bzw. zu führende Kampf aber noch mit diesem Ziel im Hinblick auf ein übermäßiges Betroffensein des Gegners in Beziehung gesetzt werden muß.

1145 So zutr. Löwisch, ZfA 71, S. 326 ff., insbes. S. 327; Mückenberger, BlStSozArbR 80, S. 245.

1146 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter B. I. b, d.G.; Mückenberger wie Fn. 1145; Seiter, Streikrecht, S. 176 ff. (mit zutr. Hinweis auf den Grundsatz der staatlichen Neutralität).

ist also als Datum anzusehen.[1147]

(5.) Einhaltung verbandsintern vorgeschriebener Modalitäten bei Verbandsarbeitskämpfen

Das Vorliegen dieses Kriteriums wird soweit ersichtlich nur noch vereinzelt gefordert.[1148] Zusätzlich erfolgt eine weitere Einschränkung insoweit, als nur Kampfmaßnahmen der AN-Seite dieser Vor. genügen sollen.[1149]

Diese Auffassung vermag m.E. selbst auf dem Boden der Doppelgrundrechtstheorie nicht zu überzeugen.[1150] Zwar sind nach diesem Ansatz

---

1147 Ob u. ggf. welche Beziehungen zwischen konkreten tarifpolitischen Forderungen u. der Herstellung der Kampfparität bestehen, kann an dieser Stelle noch nicht abschließend entschieden werden, da hierzu zunächst insbes. die Verknüpfungen von Kampfparität u. Tarifautonomie skizziert werden müssen (im einzelnen unten unter III., 4., b,). Erst dann kann auf eine bisweilen vertretene These, die die Kampfparität als Bezugspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung heranziehen will, eingegangen werden; zu dieser These etwa Mager, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 15, S. 89; Seiter wie Fn. 1146, S. 172.

1148 Vgl. etwa Bauer/Röder, DB 84, S. 1097 f. (Urabstimmungen bei Erzwingungsstreiks als arbeitskampfrechtliche Mindestvor.).

1149 Exakt geht es um die Frage, ob eine Gewerkschaft vor Aufruf zu einem Streik verpflichtet ist, eine Urabstimmung durchzuführen u. dabei die in der Satzung festgelegte Mehrheit (i.d.R. 75 % der abstimmenden AN) erreicht werden muß. Eine solche Urabstimmung als eine Vor. für die Rechtmäßigkeit eines Streiks verlangen etwa Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 79; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1025 f. (diese sogar dann, wenn in einer Satzung gar keine Urabstimmung vorgesehen ist); a.A. Bauer/Röder, DB 84, S. 1098 f. (fehlende Urabstimmung führt lediglich zur Verbandswidrigkeit, nicht zur Rechtswidrigkeit der Arbeitskampfmaßnahme).

1150 Wenn Hueck/Nipperdey wie Fn. 1149, S. 1026 einerseits davon ausgehen, daß sich aus ungeschriebenem Berufsverbandsrecht eine Pflicht zur Durchführung einer Urabstimmung ergebe, im darauf folgenden Satz aber ohne jede Begründung nur noch die Gewerkschaften dieser Pflicht aussetzen wollen, so kann diese Auffassung nicht überzeugen. Daß wegen § 2 Abs. 1 TVG auch einzelne AG aussperren dürfen, ist in diesem Zusammenhang belanglos, da dies bei einem Verbandsarbeitskampf an der Verbandswidrigkeit nichts zu ändern vermag.

die systematisch der kollektiven Koalitionsfreiheit zuzuordnenden Gewährleistungen von den individuellen Garantien unabh. Dies gilt aber selbstverständlich nicht nur für die AN-, sondern auch für die AG-Seite. Danach müßte m.E. generell auf das Erfordernis von Urabstimmungen bei Verbandsarbeitskämpfen verzichtet werden, da die Verbände insoweit lediglich ein eigenes Recht auf kampfweise Betätigung ausüben würden.

Lehnt man dagegen wie in dieser Untersuchung die Doppelgrundrechtstheorie ab[1151], so wird man m.E. grundsätzlich an der Durchführung von Urabstimmungen festhalten müssen.[1152] Anders könnte man die Legitimation von Gewerkschaften u. AG-Verbänden zur Ausübung des Rechts auf kampfweise Betätigung für einzelne AN bzw. AG nicht überprüfen. Im Gegensatz zur bisherigen Praxis von Urabstimmungen wird man m.E. auch die Außenseiter mit einbeziehen müssen, da auch diese Träger des individuellen Rechts auf kampfweise Betätigung sind.[1153]

Weitere Vor. werden für das Vorliegen von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen nicht verlangt. Insbes. braucht an dieser Stelle nicht mehr auf die früher noch geforderte Sozialadäquanz von Arbeitskampfmaßnahmen[1154] eingegangen werden, da die Relevanz dieser Figur zur Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen bereits an anderer Stelle in dieser Untersuchung Ablehnung erfahren hat.[1155]

1151 Dazu im einzelnen oben unter e, (S. 305).

1152 Wie hier im Ergebnis Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht; S. 126; Seiter, Streikrecht, S. 509 ff. m.w.N. zum Streitstand in Fn. 4 (S. 509); ders., BAG-Festschrift, S. 597.

1153 Zu diesen rechtspolitischen Überlegungen etwa o.V., HB v. 3./4.8.84, Nr. 145, S. 3 (Forderung nach Einbeziehung von Außenseitern in Urabstimmungen durch Politiker).

1154 Vgl. dazu v.a. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1000 ff.; vgl. auch den Hinweis bei Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 80. Aus der Rechtsprechung etwa BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 3. d.G.; BAG v. 5.9.55, AP Nr. 3 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 1 R.; BAG v. 24.11.59, AP Nr. 20 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 3. ff. d.G.

1155 Dazu im einzelnen oben § 1 (S. 166 ff.).

bbbbb) Beurteilung einzelner Erscheinungsformen des Arbeitskampfes im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit im Überblick

Im folgenden Abschnitt werden die wichtigsten in der Praxis zur Anwendung kommenden Arbeitskampfformen im Hinblick auf ihre Charakteristika sowie in bezug auf ihre Rechtmäßigkeit kurz skizziert.[1156] Dies erscheint notwendig, da bereits in vielen der früheren Untersuchungen zum hier als Anknüpfungspunkt firmierenden Subuntersuchungsgegenstand ein Einfluß der Arbeitskampfform auf die privatrechtliche Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten angenommen wurde[1157], ohne daß allerdings grundlegende Übereinstimmungen über eine Systematisierung dieser Kampfformen u. deren konkrete Auswirkungen auf die privatrechtliche Haftung erkennbar sind.[1158]

(1.) Erzwingungsarbeitskampf[1159]

Das wichtigste Kennzeichen des Erzwingungsarbeitskampfes besteht darin, daß er geführt wird, um den Willen des sozialen Gegenspielers zu brechen u. ihn zum Nachgeben zu bewegen.[1160] Er wird idealiter erst nach Erreichen des Kampfziels beendet.[1161] I.d.R. stehen sich

---

1156 Die hier zugrunde liegende Klassifikation folgt nicht den üblichen Einteilungskriterien, vgl. dazu etwa Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 18 ff. u. S. 22 ff.

1157 Dazu oben 1. Teil (S. 22 f., S. 39, S. 45 f., S. 47, S. 50 u. S. 56).

1158 Vgl. nur die Unterscheidung zwischen Angriffs-, Abwehr-, Sympathie- u. politischen Streiks bei den Vertretern der älteren Lehre (oben 1. Teil, S. 20 f. u. 22 f.) sowie zwischen rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskämpfen innerhalb der neueren Lehre (oben 1. Teil S. 39 u. Fn. 152 sowie S. 45 f.).

1159 Wird z.T. auch als Beugungs- oder Druckarbeitskampf bezeichnet, vgl. etwa Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 19.

1160 Vgl. Brox wie Fn. 1159, S. 19 u. S. 23; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 897 u. S. 907.

1161 Vgl. Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 21; Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 142; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 90. Kampfziel ist immer die Erzwingung neuer Arbeitsbedingungen. Geht es dagegen um die Einhaltung bestehender Arbeitsbedingungen, dann liegt kein Arbeitskampf, sondern i.d.R. die kollektive Ausübung von Zurückbehaltungsrechten vor, vgl. z.B. Söllner, Arbeitsrecht, S. 77 f. m.w.N. in Fn. 44.

die durch Arbeitsverträge verbundenen AG u. AN gegenüber; dies ist jedoch nicht zwingend.[1162]

Hinsichtlich der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Erzwingungsarbeitskämpfen ist zwischen Streiks u. Aussperrungen zu differenzieren. Bei Erzwingungsstreiks hat es mit der Erfüllung der gerade skizzierten Rechtmäßigkeitskriterien sein Bewenden; weitere Vor. werden nicht gefordert.[1163] Dies gilt unabh. davon, ob es sich um Angriffs- oder Abwehrstreiks handelt.[1164] Bei Erzwingungsaussperrungen sind zusätzlich die vom BAG in den Aussperrungsurteilen entwickelten quantitativen Grenzen (sog. Quotenregelung) zu beachten:[1165] Als Gegenmaßnahme zu Schwerpunktstreiks, bei denen maximal 25% der AN eines Tarifgebietes zur Arbeitsniederlegung aufgefordert werden, dürfen

---

1162 Kampfgegner können z.B. auch andere AG/AN oder der Staat sein, was für Sympathie- u. politische Arbeitskämpfe typisch ist, vgl. etwa Gamillscheg wie Fn. 1161.

1163 Unter Berücksichtigung der neueren BAG-Rechtsprechung wird allerdings im Normalfall die Begrenzung eines Streiks auf das jeweilige Tarifgebiet zu fordern sein, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter B. II. 1. d.G.; vorher bereits Bertelsmann, Aussperrung, S. 346; Löwisch, RdA 80, S. 12; Wiedemann, RdA 69, S. 333. Andernfalls würde der Streik gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Krit. gegen die Allgemeingültigkeit dieser Begrenzung Lieb, DB 84 (Beilage 20), S. 6 (nicht entscheidungserhebliche obiter dicta).

1164 In den in Fn. 1163 zitierten Entscheidungen ging es zwar explizit nur um Angriffsstreiks, da aber auch Aussperrungen dieser Begrenzung unterliegen, kann m.E. auch für Abwehrstreiks als Antwort auf Angriffsaussperrungen nichts anderes gelten.

1165 Vgl. zum folgenden BAG wie Fn. 1163, unter B. II. 2. d.G.; auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 131; ders., NJW 84, S. 202 f.; Säcker, DB 80, S. 1276. Seiter, RdA 81, S. 84 weist darauf hin, daß es sich bei dieser Quotenregelung wohl um eine zusätzliche Rechtmäßigkeitsvor. handelt, die systematisch (auch) dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zugeordnet werden müsse, d.h. suspendierende Abwehraussperrungen sind grundsätzlich nur noch nach Maßgabe der Quotenregelung zulässig u. damit durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert. Gegen die Interpretation, es handele sich bei den genannten Quoten um absolute Obergrenzen Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 18. Gegen die Quotenregelung selbst LAG Hamm v. 9.12.82, DB 83, S. 558 ff. (durchgreifende methodische u. verfassungsrechtliche Bedenken); Adomeit, NJW 84, S. 773 (fehlende Absicherung ihres Grundgedankens); Rüthers, NJW 84, S. 203 (undifferenzierter Zahlenschlüssel; widersprüchliche Begründung).

höchstens weitere 25% der AN dieses Tarifgebietes ausgesperrt werden. Erstreckt sich der Streikaufruf[1166] auf mehr als 25% aber weniger als 50% der AN, so dürfen nur noch soviele AN zusätzlich ausgesperrt werden, daß insgesamt nicht mehr als die Hälfte der AN streiken oder ausgesperrt werden. Streiken bereits mehr als 50% der AN, so soll eine Aussperrung weiterer AN ebenso unzulässig sein wie generell eine bundesweite Aussperrung[1167] sowie eine sog. selektive Aussperrung.[1168] Zentrales Motiv für diese unterschiedliche Behandlung von Streiks u. Aussperrungen ist offenbar die These, die AG seien auf den Einsatz der Aussperrung in erheblich geringerem Umfang angewiesen, als die AN-Seite auf Streiks.[1169] Dogmatisch wird die gerade beschriebene Quotenregelung über eine Präzisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes konstruiert bzw. begründet.[1170]

Diese Einschränkungen der Zulässigkeit von Aussperrungen gelten zunächst für suspendierende Abwehraussperrungen, da nur diese Konstellation in den Aussperrungsurteilen entscheidungserheblich war.[1171]

1166 Nach a.A. soll es auf die Anzahl der tatsächlich streikenden bzw. ausgesperrten AN ankommen, vgl. etwa Lieb, DB 80, S. 2194; Seiter, RdA 81, S. 86.

1167 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 4. c, sowie unter B. II. 3. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 67 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. sowie unter I. d.G.; bestätigt durch BAG v. 12.3.85, DB 85, S. 712.

1168 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 66 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. sowie unter A. d.G.; zust. Hanau/Kroll, JZ 80, S. 182 ff.; Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 18; ebenso bereits früher Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 143 f. A.A. Seiter, JZ 79, S. 659 ff., insbes. S. 660, S. 662 u. S. 665. "Selektiv" bedeutet hier, daß nur Gewerkschaftsmitglieder, nicht aber Nichtorganisierte ausgesperrt werden.

1169 So BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. I. 3. d.G.

1170 Vgl. BAG wie Fn. 1169, unter B. I. 4. b, sowie B. II. 2. d, d.G. Es handelt sich um die Schaffung eines abgestuften Kampfmittelsystems unter Präzisierung des Proportionalitätskriteriums.

1171 So deutlich BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. I. 3. a, d.G.; auch Löwisch/Mikosch, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, Entscheidungen 7, unter IV.; Müller, DB 81 (Beilage 7), S. 8. Zur Abgrenzung von Angriffs- u. Abwehrarbeitskämpfen allgemein Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 900 u. S. 908.

Umstr. ist insbes. die Rechtslage bei Angriffsaussperrungen sowie bei Abwehraussperrungen, die als Gegenmaßnahmen zu rechtswidrigen Streiks eingesetzt werden. Im Hinblick auf Angriffsaussperrungen wird man nach wie vor grundsätzlich von deren Zulässigkeit auszugehen haben[1172], allerdings wird auch hier eine Einschränkung ihres Umfangs anzuerkennen sein, wenn dies bereits für die insoweit als schwächeres Mittel anzusehenden Abwehraussperrungen Geltung beansprucht.[1173] In bezug auf rechtswidrige Streiks geht die h.M. von der Zulässigkeit suspendierender Abwehraussperrungen aus, wobei lediglich die Erfüllung der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvor., nicht aber die Einhaltung der Quotenregelung verlangt wird.[1174] Hinsichtlich der Beurteilung von lösenden Aussperrungen wird ebenfalls an der Entscheidung des GS des BAG festzuhalten sein, wo diese Form der Aussperrung bereits weitestgehend eingeschränkt u. nur noch in ganz wenigen Ausnahmefällen zuge-

---

1172 Wie hier LAG Hamm v. 16.6.81, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 20, unter D. II. b, bb, d.G.; Konzen, AcP 177, S. 537; Löwisch/Mikosch wie Fn. 1171; Müller wie Fn. 1171; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 115 ff. A.A. Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 206; Raiser, Aussperrung, S. 85 f. (jedenfalls bei Zulassung von Massenkündigung u. -änderungskündigung); Wohlgemuth/Bobke, BB 81, S. 2146; ähnl. wohl auch Seiter, RdA 81, S. 92; gegen diese Sichtweise Müller wie Fn. 1171, S. 9. Es ist daher an der letzten Stellungnahme des GS des BAG zu dieser Frage festzuhalten, vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", insbes. unter Teil III. B. 1. a, d.G., andernfalls hätte der entscheidende 1. Senat gem. § 45 Abs. 2 ArbGG den GS anrufen müssen.

1173 Die Abwehraussperrung ist deshalb als das schwächere Mittel anzusehen, da sie nur auf die Beibehaltung der gegenwärtigen Arbeitsbedingungen gerichtet ist. Demgegenüber bezweckt die Angriffsaussperrung bei realistischer Betrachtungsweise eine Verschlechterung dieser Arbeitsbedingungen.

1174 So ausdrücklich Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 81; zum Ganzen auch Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 953 f.; Konzen, AcP 177, S. 534; Söllner, Arbeitsrecht, S. 109 f. (Konzen u. Söllner machen allerdings bei wilden Streiks eine Ausnahme); zur Rechtsprechung die Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 372 Fn. 1; a.A. Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 136 f. (Unverhältnismäßigkeit von Abwehrkämpfen, insbes. wegen des absoluten Vorrangs des Rechtsweges vor Selbsthilfemaßnahmen); ebenso Bertelsmann, Aussperrung, S. 180 f.; ausf. zur Gegenmeinung Seiter wie oben, S. 373 ff.

lassen wurde.[1175]

(2.) Warnarbeitskampf

Der klassische Warnarbeitskampf wird überwiegend als Spezialfall des Erzwingungsarbeitskampfes angesehen.[1176] Im Unterschied zu diesem ist er von vornherein zeitlich begrenzt.[1177] Der Warnarbeitskampf ist bislang in der Praxis vorwiegend nur in der Form des Warnstreiks in Erscheinung getreten, was seine wesentlichen Gründe in der Unpraktikabilität sowie in der weitgehenden Wirkungslosigkeit von Warnaussperrungen für die AG haben dürfte.[1178] Warnstreiks werden i.d.R. begleitend zu noch laufenden Tarifverhandlungen eingesetzt. Sie sollen den AG v.a. die Entschlossenheit dokumentieren, notfalls auch einen Erzwingungsstreik zur Durchsetzung der Forderungen zu führen.[1179]

1175 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter III. D. d.G.; dazu auch Hanau/Adomeit wie Fn. 1174, S. 83 f.; Löwisch/Mikosch wie Fn. 1171. Diff. Seiter, RdA 81, S. 92 f. (Ablehnung der sog. gesamtlösenden Aussperrung). Gegen die Zulässigkeit der lösenden Aussperrung z.B. Konzen, AcP 177, S. 535 f.

1176 Vgl. etwa Bobke, BB 82, S. 865; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 19 u. S. 23; Rüthers, Anm. zu BAG v. 17.12.76, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 4 R.; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 18. A.A. Seiter, BAG-Festschrift, S. 603, der den Warnstreik als Sonderfall des Demonstrationsstreiks ansieht; diese Auffassung hat sich aber bisher nicht durchsetzen können. Zum Ganzen auch Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 30 (Verbindung von Demonstrationen mit Warnstreiks).

1177 Vgl. Bobke wie Fn. 1176; Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 142; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 897 u. S. 907; Picker, Warnstreik, S. 2; Seiter wie Fn. 1176, S. 70; Söllner, Arbeitsrecht, S. 74.

1178 Dazu näher Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 95 f.; vgl. auch den Hinweis von Bobke wie Fn. 1176, S. 872 auf die fehlende Praxisrelevanz der Warnaussperrung.

1179 Die Dokumentation der Kampfbereitschaft - z.T. auch als Demonstrations- oder Indikatorfunktion bezeichnet - ist die wohl wichtigste Funktion des Warnstreiks, vgl. etwa ArbG Stuttgart v. 14.11.79, AP Nr. 68 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 2. a, d.G.; Bieback, AuR 83, S. 363 f.; Hoffmann, DB 81, S. 1188; Nickel, AuR 77, S. 312 u. S. 314; Rebel, RdA 79, S. 209. Zu den weiteren Funktionen des Warnstreiks im einzelnen Bieback wie oben, S. 364 f.; Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 36 ff.; Seiter, BAG-Festschrift, S. 587 ff.

Von den gerade beschriebenen Warnstreiks ist die sog. Neue Beweglichkeit zu unterscheiden.[1180] Dabei handelt es sich um rollierende, kurzfristige Streiks in verschiedenen Betrieben des Tarif- bzw. Kampfgebietes, die häufig Wiederholungscharakter haben u. ebenfalls vor dem endgültigen Scheitern der Tarifverhandlungen zum Einsatz kommen.[1181] Gegen die Zuordnung dieser Strategie zum klassischen Warnstreik spricht v.a., daß jene auf einem vorher genau festgelegten Gesamtkonzept beruht u. die einzelnen Aktionen nicht mehr spontan erfolgen.[1182] Auch kann nicht mehr von einem nur milden Druck auf die AG die Rede sein. Vielmehr werden erhebliche Produktionsausfälle oder gar das endgültige Scheitern der Tarifverhandlungen hervorgerufen.[1183] Man wird daher m.E. der Neuen Beweglichkeit Erzwingungscharakter zusprechen müssen.[1184]

Der klassische Warnstreik wird jedenfalls bei Vorliegen der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvor. ganz überwiegend als zulässig angesehen.[1185] Nach Auffassung des BAG soll es darüberhinaus nur eingeschränkt auf

---

1180 Vgl. Mayer-Maly, BB 81, S. 1780; a.A. Bieback wie Fn. 1179, S. 365. Diese Kampfstrategie wurde erstmals in der Tarifrunde 1981 von der IG Metall eingesetzt, vgl. Bobke, GewMH 83, S. 445.

1181 Vgl. z.B. Rüthers wie Fn. 1178, S. 90; Seiter, JZ 83, S. 774.

1182 Vgl. etwa Mayer-Maly wie Fn. 1180; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 94; ders., NJW 84, S. 206; Seiter wie Fn. 1181.

1183 Vgl. Mayer-Maly wie Fn. 1180 (Neue Beweglichkeit soll keinen milden, sondern vielmehr massiven Druck erzeugen); Rüthers wie Fn. 1178, S. 94 f.

1184 Wie hier LAG Schleswig-Holstein v. 9.12.83, BB 84, S. 914; LAG Niedersachsen v. 31.1.84, BB 84, S. 915; Löwisch/Schüren, BB 82, S. 1376. Daher ist es zweckmäßig, zwischen dem klassischen (eigentlichen) Warnstreik u. der Neuen Beweglichkeit auch begrifflich zu differenzieren, da beide Kampfmaßnahmen häufig pauschal als Warnstreiks bezeichnet werden; zutr. wie hier etwa Mayer-Maly wie Fn. 1180.

1185 Vgl. z.B. Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 174 f.; Hueck, FS für Herschel 1955, S. 44; Konzen, AcP 177, S. 502 f.; Mayer, BlStSozArbR 77, S. 241 f.; Müller, DB 82 (Beilage 16), S. 18; Nickel, AuR 77, S. 312; Rebel, RdA 79, insbes. S. 211 ff.; Reuter, Anm. zu BAG v. 17.12.76, JuS 77, S. 558 f.; Seiter, BAG-Festschrift, S. 591 ff. A.A. Hanau, DB 82, S. 377; Mager, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 15, S. 88 ff., insbes. S. 93; wohl auch Mayer-Maly wie Fn. 1180, S. 1779 f.

die Einhaltung des ultima-ratio-Prinzips ankommen; Warnstreiks sollen - nach Ablauf der Friedenspflicht - bereits vor dem endgültigen Scheitern der Tarif- bzw. Schlichtungsverhandlungen zulässig sein, da die Ausübung nur milden Druckes i.d.R. verhältnismäßig sei.[1186]

Ob diese Grundsätze auch für die Neue Beweglichkeit Geltung beanspruchen können, ist ebenso str. wie deren Rechtscharakter.[1187] Da der Erzwingungscharakter dieser Strategie m.E. bisher nicht überzeugend widerlegt werden konnte, wird man das Vorliegen der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvor. verlangen müssen.[1188] Zusätzlich wird aus dem Gesichtspunkt der Erhaltung der Kampfparität zugunsten der AG die Zulassung der suspendierenden Abwehraussperrung nach Maßgabe der Quotenregelung zu fordern sein, da andernfalls die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nachhaltig beeinträchtigt werden könnte.[1189]

1186 Vgl. BAG v. 17.12.76, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 3. d.G.; zust. Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S.32 f. Krit. hierzu Mayer-Maly wie Fn. 1180, S. 1779 f.; Rüthers, Anm. zu BAG v. 17.12.76, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", insbes. Bl. 5 f.; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 91 ff.; abl. ders., NJW 84, S. 206. Unrichtig Bobke, BB 82, S. 868 f., der von einer völligen Nichtberücksichtigung des ultima-ratio-Prinzips ausgeht.

1187 Zum Streitstand in Schrifttum u. Rechtsprechung ausf. Seiter, JZ 83, S. 774 f. m.w.N. in Fn. 14 ff.

1188 Vgl. Mayer-Maly wie Fn. 1180; Rüthers, NJW 84, S. 206; wohl auch ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 94 f. u. S. 96. Daraus folgt, daß die Neue Beweglichkeit in der bisher praktizierten Form (vor endgültigem Scheitern der Tarifverhandlungen) unverhältnismäßig u. damit grundsätzlich rechtswidrig ist; zutr. wie hier im Ergebnis LAG Schleswig-Holstein v. 9.12.83, BB 84, S. 914; LAG Niedersachsen v. 31.1.84, BB 84, S. 915; Löwisch/Schüren, BB 82, insbes. S. 1376 f. A.A. BAG v. 12.9.84, DB 84, insbes. S. 2569 ff.; LAG Bremen v. 23.11.83, BB 84, S. 1230 f.; ArbG Stuttgart v. 10.12.81, BB 82, S. 801 ff.; Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 121 ff. Krit. gegenüber den Erwägungen des BAG zu Recht Seiter, FAZ v. 2.3.85, Nr. 52, S. 15. M.E. muß die Entscheidung des BAG deshalb Bedenken begegnen, weil dort die Neue Beweglichkeit weitgehend mit klassischen Warnstreiks gleichgesetzt wird; der Erzwingungscharakter, der eine gegenüber der zuletzt genannten Kampfform abw. rechtliche Beurteilung nahelegt, wird nicht hinreichend gewürdigt.

1189 Diese Auffassung findet v.a. darin eine Stütze, daß jedenfalls dann, wenn man mit der wohl überwiegenden Meinung den Erzwingungscharakter der Neuen Beweglichkeit bejaht, die Kampfparität zugunsten der AN-Seite verschoben werden würde. Die Zulassung der Warnaussperrung würde daran nichts ändern, da diese nicht einfach

(3.) Demonstrationsarbeitskampf[1190]

Hierbei handelt es sich um zeitlich begrenzte Arbeitskampfmaßnahmen, mit denen der Zweck verfolgt wird, bestimmte Ansichten u. Einstellungen deutlich zum Ausdruck zu bringen, nicht aber, um konkrete Maßnahmen unmittelbar zu erzwingen.[1191] Häufig ist der Protest gegen politische Ereignisse oder ein bestimmtes Verhalten des sozialen Gegenspielers Gegenstand solcher Arbeitskämpfe.[1192] Demonstrationsarbeitskämpfe sind bisher soweit ersichtlich nur in der Form von Streiks aufgetreten.

Da für den Demonstrationsstreik die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvor. gelten[1193], wird er grundsätzlich als rechtswidrig beurteilt werden müssen, weil es regelmäßig an einem tariflich regelbaren Ziel fehlt[1194] u. auch seine Verhältnismäßigkeit zu verneinen ist.[1195] Außerdem wird es in der Mehrzahl der Fälle auch an der erforderlichen

---

als Spiegelbild des Warnstreiks angesehen werden kann, dazu im einzelnen Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 95 f. Es bedarf daher der Zulassung einer anderen Kampfstrategie zugunsten der AG, wobei m.E. nur die suspendierende Abwehraussperrung in Betracht kommen kann; wie hier im Ergebnis Hanau, DB 82, S. 382 (mit Hinweis auf Einschränkungen). Gegen die Zulässigkeit jeder Aussperrung - also auch der Warnaussperrung - Bobke, BB 82, S. 872.

1190 Zwischen Demonstrations- u. Protestarbeitskämpfen wird im folgenden nicht differenziert, wie hier etwa Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 897 f.; anders z.B. Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 18 (Protest- u. Warnstreik als Varianten des Demonstrationsstreiks).

1191 Vgl. Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II A, unter II. 1. b,; Hueck/Nipperdey wie Fn. 1190; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 80 f.; Tomandl wie Fn. 1190.

1192 Vgl. z.B. Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 19 f.; Niese, Streik, S. 15 f.; Rüthers wie Fn. 1191, S. 81; Seiter, Streikrecht, S. 500.

1193 So zutr. Rüthers wie Fn. 1191, S. 81.

1194 Vgl. statt vieler Hueck/Nipperdey wie Fn. 1190; Seiter wie Fn. 1192.

1195 Dazu näher Rüthers wie Fn. 1191, S. 81 (Verstoß gegen das ultima-ratio-Prinzip).

gewerkschaftlichen Trägerschaft mangeln.[1196]

(4.) Sympathiearbeitskampf

Diese Arbeitskampfform zeichnet sich dadurch aus, daß sie in erster Linie der Unterstützung eines anderen, des sog. Hauptarbeitskampfes dient.[1197] Ferner ist charakteristisch, daß - ähnl. wie beim Boykott[1198] - Kampfgegner u. Adressat der Forderung nicht identisch sind; der Kampfgegner soll vielmehr veranlaßt werden, auf den Adressaten, d.h. auf den jeweiligen Kampfgegner des Hauptarbeitskampfes, Einfluß zu nehmen, um diesen zum Einlenken zu bewegen.[1199]

Bis zu den Aussperrungsurteilen des BAG wurden Sympathiearbeitskämpfe überwiegend dann als rechtmäßig angesehen, wenn auch der unterstützte Hauptarbeitskampf diese Vor. erfüllte.[1200] Ob diese Beurteilung

---

1196 Dies ergibt sich daraus, daß solche Arbeitskämpfe i.d.R. nicht nur zeitlich begrenzt sind, sondern daß - im Gegensatz etwa zum Warnstreik - gar keine Tarifregelung angestrebt wird. Die Gewerkschaften würden sich also schadensersatzpflichtig machen, falls sie solche Aktionen übernähmen.

1197 Vgl. etwa Bulla, FS für Molitor, S. 296; Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 142; Hueck/Nipperdey wie Fn. 1190, S. 898 f. u. S. 907; Lieb, DB 84 (Beilage 20), S. 3; Löwisch, RdA 62, S. 314; Tomandl wie Fn. 1190, S. 17 f.

1198 Oben S. 340 f.

1199 Vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 1190, S. 899; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter A. II. 2. e, sowie Arbeitskampf III, unter A. II. 2. c,; Rüthers wie Fn. 1191, S. 82.

1200 Vgl. etwa LAG Düsseldorf v. 11.12.78, DB 79, S. 167; LAG Hamm v. 24.4.80, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 39, Lts. 4. sowie unter II. 2. u. 3. d.G.; Löwisch/Krauß wie Fn. 1199, unter B. II. b, aa, (VII.), (Arbeitskampf II) u. B. II. c. (V.) (Arbeitskampf III); Wohlgemuth, AuR 80, S. 35 ff.; Zachert/Metzke/Hamer, Aussperrung, S. 199 ff., insbes. S. 204 f.; grundsätzlich auch Seiter, Streikrecht, S. 502 ff.; wohl auch Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 31. Nur mit Einschränkungen auch Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 137; Bulla, FS für Molitor, S. 299 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 95 f. Rüthers, NJW 84, S. 206 bezeichnet diese Auffassung als auch heute noch herrschend. Offen gelassen von BAG v. 20.12.63, AP Nr. 34 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. d.G. Gegen die Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes z.B. Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 76 ff.; Raiser, Aussperrung, S. 93 f.; Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 47 f.; vgl. ferner die Nachw. bei Seiter, Streikrecht, S. 503 Fn. 90.

auch heute noch Geltung beanspruchen kann, ist str.[1201] Erst neuerdings wurde höchstrichterlich entschieden, daß ein Arbeitskampf grundsätzlich nur zwischen den Parteien des umkämpften TV zulässig ist; Ausnahmen werden lediglich dann zugelassen, wenn im Einzelfall ein bestreikter AG nicht als außenstehender Dritter angesehen werden kann.[1202] Diese Auffassung ist m.E. zutr. Legt man der rechtlichen Bewertung nämlich die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvor. zugrunde, so ergeben sich v.a. Bedenken hinsichtlich des eigenen tariflich regelbaren Ziels sowie im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Da die kämpfende Partei kein eigenes Ziel verfolgt, kann ihr Kampfgegner in keinem Fall den Arbeitskampf beenden bzw. vermeiden, auch wenn er selbst zum Nachgeben bereit wäre.[1203] Ihm entstehen vielmehr erhebliche Nachteile. Ferner profitiert der Sympathisierende i.d.R. nicht unmittelbar von einem Tarifabschluß zwischen den Gegnern des Hauptarbeitskampfes.[1204] Außerdem werden die Grenzen des jeweiligen Tarifgebietes in vielen Fällen nicht eingehalten werden können. Daher wird der Sympathiearbeitskampf in der Tat grundsätzlich als rechtswidrig einzuordnen sein, es sei denn, es liegen im Einzelfall ausnahmsweise

---

1201 Gegen die Zulässigkeit des Sympathiearbeitskampfes nach den Aussperrungsurteilen des BAG z.B. Konzen/Scholz, DB 80, S. 1600; Lieb, DB 84 (Beilage 20), S. 3; Müller, DB 81 (Beilage 7), S. 11; ders., DB 82 (Beilage 16), S. 18; grundsätzlich auch Seiter, RdA 81, S. 91. Zum (unübersichtlichen) Streitstand die ausf. Nachw. bei Lieb, ZfA 82, S. 133 Fn. 76.

1202 Vgl. BAG v. 5.3.85, DB 85, S. 601. In einer früheren Entscheidung vertrat das BAG die Auffassung, daß die Friedenspflicht eines laufenden TV der Rechtmäßigkeit eines Sympathiestreiks nicht entgegenstehe, vgl. BAG v. 21.12.82, DB 83, S. 1098 f.; so auch bereits Löwisch, RdA 62, S. 316; a.A. Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 137.

1203 So zutr. Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 84. In vielen Fällen wird es auch an der Möglichkeit der direkten Einflußnahme auf die Parteien des Hauptarbeitskampfes fehlen, z.B. weil die AG nicht demselben Verband angehören oder keine Geschäftsbeziehungen unterhalten.

1204 Denkbar ist allerdings, daß die sympathisierende Partei aus einem Tarifabschluß zwischen den Gegnern des Hauptarbeitskampfes mittelbare Vorteile zieht, vgl. dazu etwa Bulla, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II A, unter II. 3. c,; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 898 Fn. 19.

die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvor. vor.[1205,1206]

(5.) Wilder Arbeitskampf[1207]

Nach h.M. handelt es sich dabei um eine Form von Kampfmaßnahmen, die dadurch charakterisiert wird, daß diese von einzelnen AG bzw. AN oder von ad-hoc Koalitionen, also nicht von AG-Verbänden u. Gewerkschaften geführt werden.[1208] Folgt man dieser Def., dann können ohne weiteres sowohl wilde Streiks als auch wilde Aussperrungen auftreten.[1209]

1205 Zur Beurteilung von Sympathiearbeitskämpfen nach den oben (unter aaaaa, S. 341 ff.) skizzierten Rechtmäßigkeitsvor. Rüthers wie Fn. 1203.

1206 U.U. kann hier das Problem der Verbindung von rechtmäßigen u. rechtswidrigen Kampfzielen auftreten. Ein solcher Fall lag z.B. der Entscheidung des LAG Hamm v. 24.4.80, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 39 zugrunde (Verbindung eines rechtmäßigen Sympathiestreiks mit einem rechtswidrigen politischen Streik, der auf ein gesetzliches Verbot der Aussperrung zielte). Die Behandlung derartiger Konstellationen ist umstr. u. kann hier nicht im einzelnen diskutiert werden; vgl. zum Ganzen etwa BAG v. 4.5.55, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 3; Capodistrias, FS für Nipperdey 1965, S. 126 f.; Hanau, Pflichtwidrigkeit, S. 53 f.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1015 f.; Reuß, AuR 66, S. 33 f.; Richardi, Anm. zu BAG v. 26.10.71, AP Nr. 44 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. 3.; Söllner, Arbeitsrecht, S. 109 Fn. 40.

1207 Zu Herkunft u. Entstehung des Begriffs Säcker, BB 71, S. 962. Krit. gegenüber der Bezeichnung "wilder Arbeitskampf" Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 18 u. S. 22 f.

1208 Vgl. etwa Dietz, JuS 68, S. 3; Hueck, RdA 68, S. 430; Hueck/Nipperdey wie Fn. 1206, S. 897 u. S. 906 (wobei Nipperdey allerdings die Bezeichnung "wilde Aussperrung" ablehnt); Löwisch/Hartje, RdA 70, S. 321 f. Z.T. wird noch eine andere Def. vertreten, die an die Tarifunfähigkeit der kämpfenden Partei anknüpft, dazu die Nachw. bei Löwisch/Hartje wie oben, S. 321 f. Fn. 3. Gegen diesen Ansatz muß eingewendet werden, daß Def.- u. Rechtmäßigkeitsmerkmale miteinander verknüpft werden, so zutr. Brox wie Fn. 1207, S. 23.

1209 So zutr. Hueck wie Fn. 1208; Löwisch/Hartje wie Fn. 1208, S. 322; zweifelnd Hueck/Nipperdey wie Fn. 1206, S. 906; auch Brox wie Fn. 1207, S. 22. Eine wilde Aussperrung läge z.B. dann vor, wenn ein einzelner AG im Rahmen eines Verbandsarbeitskampfes im Widerspruch zu einem Verbandsbeschluß eine Aussperrung durchführen würde.

Wilde Streiks sind damit unabh. vom Vorliegen einzelner Rechtmäßigkeitskriterien im Einzelfall grundsätzlich rechtswidrig, da sie nicht von einer tariffähigen Partei geführt werden.[1210,1211] Im Gegensatz dazu sind wilde Aussperrungen grundsätzlich rechtmäßig, da wegen § 2 Abs. 1 TVG auch einzelne AG tariffähig sind.[1212]

1210 So zutr. etwa BAG v. 20.12.63, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 3. a, sowie unter II. d.G.; BAG v. 21.10.69, AP Nr. 41 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter 1. d.G.; Mayer-Maly, Anm. zu BAG v. 20.12.63, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 15; Richardi, NJW 78, S. 2064 (wilder Streik steht nicht im Dienste der Tarifautonomie); Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 72 f.; Schwerdtner, Jura 85, S. 22 (unter Hinweis auf das Fehlen eines TV als angestrebtes Ziel); wohl auch Bulla, Anm. zu BAG v. 20.12.63, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, Entscheidungen 11, unter I. u. I. 1. A.A. z.B. Däubler, ZfA 73, S. 219 f.; Ramm, AuR 64, S. 361 f. (Verstoß des Verbots wilder Streiks gegen Art. 9 Abs. 3 GG); ders., AuR 71, insbes. S. 105; wohl auch von Münch, Jura 79, S. 32; Tettinger, Jura 81, S. 6 f.

Zöllner, Maßregelungsverbote, S. 49 weist auf die Gefährdung der Tarifautonomie durch Legalisierung wilder Streiks hin. An dieser Stelle wird nochmals die Richtigkeit der oben (unter e, S. 303 f.) näher ausgeführten Unterscheidung zwischen Rechtsträgerschaft u. Ausübungsrecht deutlich: Rechtsträger des Rechts auf kampfweise Betätigung sind die einzelnen AN, Ausübungsberechtigte nur die Gewerkschaften. Etwas anderes kann auch aus Art. 6 Zif. 4. ESC - unabh. von der oben (unter 1., S. 216) offen gelassenen Frage nach der unmittelbaren innerstaatlichen Anwendbarkeit dieser Norm - nicht abgeleitet werden, da die ESC die jeweiligen nationalen Gesetzgeber nicht verpflichtet, den gewerkschaftlichen u. den nichtgewerkschaftlichen Streik gleich zu behandeln, dazu im einzelnen Seiter, Streikrecht, S. 193 ff., insbes. S. 195. A.A. zu Unrecht Klein, Koalitionsfreiheit, S. 88; Ramm, AuR 71, S. 72 ff., insbes. S. 74.

1211 Die fachlich zuständige Gewerkschaft kann jedoch solche Streiks übernehmen. Diese werden damit - sofern die übrigen Rechtmäßigkeitsvor. vorliegen - rechtmäßig, vgl. etwa Dietz, FS für Nipperdey 1965, S. 150. Str. ist allerdings, ob die Übernahme auf den Beginn des Streiks zurückwirkt; zum Streitstand die Nachw. bei Rüthers wie Fn. 1210, S. 73 Fn. 29.

1212 Bei den einzelnen AG fallen Rechtsträgerschaft u. Ausübungsrecht zusammen. Die z.B. in der oben in Fn. 1209 skizzierten Fallgestaltung vorliegende wilde Aussperrung ist zwar verbandswidrig, daraus folgt aber nicht ihre Rechtswidrigkeit, vielmehr kann dies nur zu verbandsinternen Sanktionen führen, dazu z.B. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 986.

(6.) Generalarbeitskampf

Auch diese Form des Arbeitskampfes hat in früheren Untersuchungen zum Thema der privatrechtlichen Haftung vereinzelt Erwähnung gefunden.[1213] Wesentlichstes Kennzeichen ist, daß alle AN ohne Rücksicht auf den jeweiligen Wirtschaftszweig streiken oder ausgesperrt werden.[1214] Es handelt sich somit um eine gesteigerte Form des Vollstreiks bzw. der Vollaussperrung.

Für die Beurteilung des Generalarbeitskampfes wird man m.E. die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvor. heranziehen müssen.[1215] Regelmäßig wird er gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, insbes. gegen die Grundsätze der Erforderlichkeit u. der Proportionalität verstoßen, da er beim Gegner nicht nur schwerste Schäden verursacht, sondern häufig sogar zu dessen Vernichtung führen wird. Es erübrigt sich daher, speziellere Grenzen wie etwa das jeweilige Tarifgebiet oder im Falle der Generalaussperrung die Quotenregelung zu berücksichtigen, da bereits das insoweit grobmaschigere Netz des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt, um den Generalarbeitskampf als generell rechtswidrig einordnen zu können.

(7.) Politischer Arbeitskampf

Diese Arbeitskampfform zeichnet sich dadurch aus, daß keine arbeitsrechtlichen, sondern politische Forderungen erhoben u. kampfweise ver-

---

1213 Vgl. die Nachw. oben 1. Teil (S. 23 Fn. 50).

1214 Vgl. etwa Hueck/Nipperdey wie Fn. 1212, S. 889 u. S. 907; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II u. III, jeweils unter A. II. 3. a,; Söllner, Arbeitsrecht, S. 75 (zum Generalstreik); Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 18 (zum Generalstreik).

1215 Dies folgt daraus, daß diese Beurteilung auch bereits beim Vollstreik bzw. bei der Vollaussperrung - unabh. vom jeweiligen konkreten Ziel - gilt.

folgt werden.[1216,1217] Kampfgegner ist somit der Staat, der jeweilige soziale Gegenspieler ist nur Durchgangsadressat.[1218] Politische Arbeitskampfmaßnahmen sind grundsätzlich deshalb rechtswidrig, weil es an einer tariflich regelbaren Forderung fehlt.[1219] Ferner können im

1216 Vgl. etwa Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 144; Brox in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 20 u. S. 24; Söllner wie Fn. 1214, S. 83 f.; dies gilt für den politischen Erzwingungsarbeitskampf. Der politische Arbeitskampf ist ferner auch in der Form des Demonstrationsarbeitskampfes (oben unter (3.), S. 356) denkmöglich, dazu näher von Maydell, JZ 80, S. 432 u. S. 433; Seiter, Anm. zu LAG München v. 19.12.79, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 35, unter III. 3.

1217 Kein politischer Streik ist somit der Beamtenstreik; er richtet sich zwar gegen den Staat als Hoheitsträger (Beamtenverhältnis als öffentlichrechtliches Dienstverhältnis im Gegensatz zu den arbeitsrechtlichen Rechtsbeziehungen von Angestellten u. Arbeitern im öffenlichen Dienst), es handelt sich aber nicht um politische Forderungen, die auf diesem Weg durchgesetzt werden sollen. Dies verkennt Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 334; zutr. wie hier Däubler, Streik, S. 164. Die Rechtswidrigkeit des Beamtenstreiks ergibt sich aber aus Art. 33 Abs. 4 u. 5 GG, dazu im einzelnen Scholz wie oben, S. 333 f. Zur Unzulässigkeit des Beamtenstreiks auch Hanau, ZRP 74, S. 111 f.; Isensee, Beamtenstreik, S. 33 ff.

1218 Vgl. Kaiser, Politischer Streik, S. 21 f. (der das Adressatenkriterium als entscheidendes Merkmal ansieht); Forsthoff in Forsthoff, Hueck, Rechtsgutachten, S. 19; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter A. II. 2. g,; Niese, Streik, S. 15; Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 31; Reimann, RdA 85, S. 34; Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 16 f. u. S. 22; vgl. auch Seiter, Anm. zu LAG München v. 19.12.79, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 35, unter I. 3., der anschaulich zwischen Kampfzieladressat (Staat) u. Kampfmitteladressat (AG) differenziert. Als bekanntester Fall eines politischen Streiks gilt der sog. Zeitungsstreik von 1952; zu dieser Einordnung z.B. Niese, Streik, S. 5 u. S. 90. Die Gewerkschaften versuchten auf diesem Weg, auf den Inhalt des geplanten BetrVG 1952 Einfluß zu nehmen; zum Hintergrund sowie zum Ablauf dieser Aktion ausf. Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 5 ff. sowie den Hinweis oben § 1 (S. 157 Fn. 187).

1219 H.M., vgl. etwa Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 144; von Maydell, JZ 80, S. 433; von Münch, Jura 79, S. 31; Raiser, Aussperrung, S. 18 u. S. 32; Reimann wie Fn. 1218; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 79; ders., ZfA 82, S. 250; Schaub, Handbuch, S. 1138; ausf. Seiter, Streikrecht, S. 119 ff., insbes. S. 121 m.w.N. in Fn. 73; aus der Rechtsprechung LAG München v. 19.12.79, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 35, Lts. 4. sowie unter C. II. 5. a, d.G. A.A. Däubler, Streik, S. 165; ders., ZfA 73, S. 221 ff. Die Gegenmeinung überzeugt m.E. nicht, da man am Fehlen eines tariflich regelbaren Ziels nicht vorbeikommt; der politische Arbeitskampf hat daher keinen Bezug zur Tarifautonomie u. kann somit auch nicht durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert sein.

konkreten Einzelfall auch noch andere Rechtmäßigkeitskriterien fehlen. Politische Arbeitskämpfe sind darüberhinaus auch verfassungswidrig, es sei denn, es handelt sich um politische Demonstrationsarbeitskämpfe[1220] oder die Vor. von Art. 20 Abs. 4 GG liegen ausnahmsweise vor.[1221]

Zusammenfassend ist festzustellen, daß Demonstrations-, General- u. politische Arbeitskämpfe sowie wilde Streiks nicht dem Schutz durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG unterliegen. Diese Beurteilung gilt grundsätzlich auch für Sympathiearbeitskampfmaßnahmen sowie für die Neue Beweglichkeit in der bisher praktizierten Form. Demgegenüber sind Erzwingungs- u. klassische Warnarbeitskämpfe sowie wilde Aussperrungen grundsätzlich als verfassungsrechtlich gewährleistet anzusehen, da sie i.d.R. den einzelnen Rechtmäßigkeitskriterien entsprechen.[1222] Mit der Privilegierung dieser eben genannten Arbeitskampfformen hat der unterverfassungsrechtliche Gesetzgeber den Koalitionen zumindest ein Grundgerüst eines Arbeitskampfsystems mit abgestuften Kampfmitteln zur Verfügung gestellt.[1223] Die Rechtsprechung ist damit zumindest teil-

---

1220 Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung des politischen Demonstrationsarbeitskampfes ist Art. 5 Abs. 1 GG zu beachten, dazu näher von Maydell, JZ 80, S. 433 f.; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 57. Reimann wie Fn. 1218 lehnt allerdings eine Rechtfertigung durch Art. 5 Abs. 1 wegen Art. 5 Abs. 2 GG ab.

1221 Vgl. etwa von Maydell wie Fn. 1220, S. 433; von Münch, Jura 79, S. 31; Reimann wie Fn. 1218; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 78 u. S. 79; Tettinger, Jura 81, S. 7; dazu auch Seiter, Streikrecht, S. 121 f. Zum Inhalt der vier Vor. von Art. 20 Abs. 4 GG ausf. z.B. Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 4, Rdnr. 11 ff.

1222 Diese Beurteilung gilt wiederum nur abstrakt-generell; im konkreten Einzelfall sind Abweichungen denkbar. A.A. im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung von wilden Aussperrungen zu Unrecht Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 906; zutr. ist insoweit, daß sich eine Gewährleistung nicht aus der Notstandsklausel ergibt (im einzelnen bereits oben unter 1., S. 223 ff.). Aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG folgt aber, daß auch einzelne AG Träger des Rechts auf kampfweise Betätigung sind u. dieses Recht auch allein ausüben dürfen.

1223 Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die zur Abgrenzung von rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen herangezogenen Kriterien sind m.E. unangebracht, da bei der Privilegierung des rechtmäßigen Arbeitskampfes der Hilfsinstrumentscharakter im Verhältnis zur Tarifautonomie deutlich herausgestellt wird.

weise der aufgrund von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG bestehenden Verpflichtung zur Schaffung eines Arbeitskampfsystems nachgekommen, da den Koalitionen verschiedene Möglichkeiten zur Ausfüllung der Tarifautonomie auch im Rahmen des Koalitionskampfes zur Verfügung stehen. Auf eine weitere, noch wichtigere Bedeutung der Diff. zwischen rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen wird an anderer Stelle noch zurückzukommen sein.[1224]

bb) Einschränkungen durch spezielle Schranken anderer Grundrechtsnormen

In dieser Arbeit kann diesbezüglich nur auf die Frage nach der Übertragbarkeit der in Art. 9 Abs. 2, 5 Abs. 2 u. 2 Abs. 1 2. HS. GG enthaltenen Schranken auf Art 9 Abs. 3 S. 1 GG näher eingegangen werden[1225], da nur diese einen engen Zusammenhang zur hier zu diskutierenden Fragestellung aufweisen.[1226]

aaa) Art. 9 Abs. 2 GG

Art. 9 Abs. 2 GG sieht bei Vorliegen bestimmmter Vor. ein Verbot von Vereinigungen vor.[1227,1228] Unter Vereinigungen sind zunächst nur

---

1224 Unten unter II., 3., c, cc,.

1225 Vgl. zur Schrankenproblematik von Art. 9 Abs. 3 GG insgesamt die umfassende u. ausführliche Untersuchung von Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 325 ff.

1226 Gemeinsam ist diesen drei Schranken, daß sie einen Vorbehalt zugunsten subjektiver Rechte Dritter enthalten, so daß möglicherweise auch schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter im hier interessierenden Sinn auf diesem Weg zu einer Einschränkung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung führen könnten.

1227 Art. 9 Abs. 2 GG enthält eine abschließende Aufzählung von drei Verbotstatbeständen, vgl. etwa von Münch in Bonner Kommentar, Art. 9, Rdnr. 79; Schnorr, Vereinsrecht, § 3, Rdnr. 4; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 122. Eine Erweiterung durch einfaches Gesetz ist damit ausgeschlossen.

1228 Das Verbotsverfahren selbst ist in §§ 3 ff. VereinsG näher geregelt, dazu ausf. Schnorr wie Fn. 1227, S. 103 ff.; zur Notwendigkeit dieses Verfahrens näher Schmidt, Freiheit verfassungswidriger Parteien, S. 74 ff. Bei Ergreifung solcher Maßnahmen gegen

Vereine u. Gesellschaften i.S.v. Art. 9 Abs. 1 GG zu verstehen;[1229] Art. 9 Abs. 2 GG kann daher ohne Bedenken zunächst nur als Schranke der allgemeinen Vereinigungsfreiheit zum Zuge kommen.[1230]

Gegen die Übertragbarkeit dieses Schrankenmodells auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG sprechen somit vorab gesetzessystematische Bedenken.[1231] Andererseits ist daran zu erinnern, daß die Koalitionsfreiheit ganz überwiegend als Sonderfall der Vereinigungsfreiheit angesehen wird[1232], so daß es nicht als abwegig erscheint, die systematische Stellung von Art. 9 Abs. 2 GG als redaktionell verfehlt anzusehen.[1233] Gegen diese Sichtweise könnte wiederum u.U. ein Vergleich mit Art. 5 GG angeführt werden: Die Schranke des Art. 5 Abs. 2 GG wird nämlich überwiegend nur auf Art. 5 Abs. 1, nicht aber auf Art. 5 Abs. 3 GG übertragen.[1234] Diese Argumentation würde aber ignorieren, daß zwischen Art. 5 Abs. 1 u. Abs. 3 S. 1 GG sehr viel weniger Parallelen als zwischen den entsprechenden Absätzen von Art. 9 GG bestehen.[1235] Außerdem macht Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auch nach Auffassung des BVerfG von vornherein sehr viel mehr gesetzliche Regelungen erforderlich, die

---

Koalitionen ist zusätzlich noch § 16 VereinsG zu beachten, vgl. dazu etwa Rüthers, ZfA 82, S. 245.

1229 Vgl. von Münch in Bonner Kommentar, Art. 9, Rdnr. 55; ders., in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 20.

1230 Vgl. z.B. von Mutius, Jura 84, S. 199 (Art. 9 Abs. 2 GG als verfassungsunmittelbare Schranke der Vereinigungsfreiheit).

1231 Vgl. etwa die entsprechenden Hinweise bei Däubler, Streik, S. 86; Lerche, Zentralfragen, S. 33; Seiter, Streikrecht, S. 114; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 108 f.

1232 Dazu schon oben unter c, (S. 257 vor Fn. 702); zwischen beiden Bestimmungen bestehen also sowohl Unterschiede als auch Parallelen.

1233 So Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 337; ähnl. ders., Koalitionsfreiheit, S. 328.

1234 Vgl. BVerfG v. 24.2.71, BVerfGE 30, S. 191 ff.; BVerfG v. 25.4.72, BVerfGE 33, S. 70 f.; BVerfG v. 5.6.73, BVerfGE 35, S. 244; wohl auch Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 5, Rdnr. 12 u. 17.

1235 Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, Rdnr. 1 bezeichnet Art. 5 Abs. 3 GG sogar als Fremdkörper innerhalb der Kommunikationsgrundrechte.

durchaus auch Einschränkungen zur Folge haben könnten.[1236] Mit der heute h.M. wird man daher m.E. die Geltung von Art. 9 Abs. 2 auch für Abs. 3 GG bejahen müssen.[1237]

Fraglich ist, ob mit dieser Feststellung auch im Hinblick auf das Recht auf kampfweise Betätigung viel gewonnen ist, da Art. 9 Abs. 2 GG ein Verbot der gesamten Vereinigung, nicht aber von einzelnen Betätigungen eröffnet.[1238] Man wird zwar davon ausgehen können, daß dann, wenn die Vor. für ein Verbot der Vereinigung vorliegen, dies auch für einzelne Betätigungen Geltung beanspruchen muß[1239], in der umgekehrten Richtung ist aber eine Beurteilung sehr viel schwieriger, da Art. 9 Abs. 2 GG für einzelne Betätigungen nur einen sehr viel groberen Maßstab als etwa die Kernbereichslehre bietet. Jene Schranke wird daher nur als äußerste Grenze für die Reichweite des Rechts auf kampfweise Betätigung herangezogen werden können.[1240]

1236 Vgl. etwa BVerfG v. 1.3.79, AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG, unter C. IV. 1. d.G.; zur Begründung wird angeführt, daß die Tätigkeit der Koalitionen viele Bereiche der Wirtschafts- u. Sozialordnung berühre. Zu diesem Aspekt auch Lerche, Zentralfragen, S. 28 f.

1237 Vgl. Däubler, Streik, S. 86; Dietz, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte III./1., S. 448; Lerche wie Fn. 1236, S. 33; von Münch in Bonner Kommentar, Art. 9, Rdnr. 171; ders., in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 55; Rüthers, Streik, S. 28 f.; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 44; ders., ZfA 82, S. 245; Schneider, RdA 82, S. 106; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 328; ders. in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 337; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 109; grundsätzlich auch Brodmann, Arbeitskampf, S. 57 f.; Seiter, Streikrecht, S. 114 f.; wohl auch Germelmann, Streikrecht, S. 58; Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 72; Schwerdtfeger, Koalitionsfreiheit, S. 65 u. S. 67. A.A. Hamann/Lenz, GG, Art. 9, Anm. B. 3.; Schmidt, NJW 65, S. 426 f. (der bei Koalitionen nur das Verfahren nach Art. 18 GG für anwendbar hält).

1238 So zutr. Seiter wie Fn. 1237.

1239 Wie oben (unter aa, S. 321 ff.) dargelegt wurde, sind diverse Betätigungen der Koalitionen bereits aufgrund der immanenten Schranken von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht gewährleistet, so daß es insoweit nicht mehr der Heranziehung von Art. 9 Abs. 2 GG bedarf.

1240 So zutr. Seiter wie Fn. 1237.

Von den drei in Art. 9 Abs. 2 GG abschließend aufgeführten Verbotstatbeständen ist hier nur das Kriterium der verfassungsmäßigen Ordnung von näherem Interesse[1241], da u.U. individuelle Rechte u. damit auch schuldrechtliche Ansprüche arbeitskampfbetroffener, aber kampfunbeteiligter Dritter darunter fallen können. Überwiegend wird dieser Begriff mit dem der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, wie er in Art. 18, 21 Abs. 2 GG erwähnt wird, in Zusammenhang gebracht.[1242] Unabh. davon, welcher Auffassung man im einzelnen folgen will, können nur elementare Grundsätze des GG darunter subsumiert werden wie insbes. diejenigen des freiheitlichen Rechtsstaates u. der Gleichheit, die Prinzipien von Demokratie, Bundesstaat sowie vom Bestand der BRD.[1243] Damit wird deutlich, daß die Begriffe der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 9 Abs. 2 GG einerseits u. in Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG andererseits einen unterschiedlichen Inhalt haben; dieser ist als sehr viel präziser anzusehen, da er nach wohl überwiegender Ansicht die Gesamtheit der formell u. materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen umfaßt[1244], d.h. er ist als eine sehr viel weiter gehende Schranke grundgesetzlich gewährleisteter Rechtspositionen anzusehen.[1245,1246]

1241 Zum Inhalt der beiden anderen Verbotstatbestände ausf. etwa von Münch in Bonner Kommentar, Art. 9, Rdnr. 56 ff. u. Rdnr. 70 ff.; Schnorr, Vereinsrecht, § 3, Rdnr. 5 ff. u. 20 ff; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 123 ff. u. Rdnr. 131.

1242 Vgl. z.B. Hamann/Lenz, GG, Art. 9, Anm. B. 4.; Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 72; von Münch wie Fn. 1241, Art. 9, Rdnr. 67; von Mutius, Jura 84, S. 200; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 9, Rdnr. 12; wohl auch Schmidt, NJW 65, S. 425. Krit. Scholz wie Fn. 1241, Art. 9, Rdnr. 127, der auch Art. 20 Abs. 3 GG zur Klärung des Begriffs miteinbezieht.

1243 So Scholz wie Fn. 1241, Art. 9, Rdnr. 127; weitergehend wohl Schneider, RdA 82, S. 106, der die Gesamtheit aller Verfassungsnormen darunter subsumieren will.

1244 Vgl. Scholz wie Fn. 1241, Art. 9, Rdnr. 127 m.w.N. sowie die Nachw. unten unter ccc, Fn. 1264.

1245 Darauf ist unten unter ccc, noch zurückzukommen.

1246 Zusätzlich setzt Art. 9 Abs. 2 GG voraus, daß eine zu verbietende Vereinigung kämpferisch u. aggressiv gegen die Grundsätze der verfassungsmäßigen Ordnung vorgehen muß, vgl. von Münch in Bonner Kommentar, Art. 9, Rdnr. 63 m.w.N.; Scholz wie Fn. 1241, Art. 9, Rdnr. 128. Es genügt also nicht, wenn eine Vereinigung die verfassungsmäßige Ordnung nur nicht anerkennt. Auch insoweit wird

Bereits diese kurze Darstellung macht m.E. deutlich, daß Art. 9 Abs. 2 GG als Schranke für das Recht auf kampfweise Betätigung kaum Bedeutung erlangen kann, da dieses Recht bereits durch die immanenten Schranken von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG sehr viel weitergehenden Einschränkungen unterliegt.[1247] Ein Rückgriff auf Art. 9 Abs. 2 GG ist daher überflüssig. Außerdem ist festzustellen, daß zur verfassungsmäßigen Ordnung i.S.v. Art. 9 Abs. 2 GG weder die Vertragsfreiheit noch gar sonstige subjektive Rechte zählen, d.h. daß schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter jedenfalls auf diesem Weg nicht zu einer Einschränkung des Rechts auf kampfweise Betätigung führen können.

bbb) Art. 5 Abs. 2 GG (Allgemeine Gesetze als Schranke des Rechts auf kampfweise Betätigung)

Eine entsprechende Anwendung dieser Schranke auch auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG wird von jenen Autoren bejaht, die die Koalitionsfreiheit den sog. Kommunikationsgrundrechten[1248] zuordnen wollen.[1249] Als Zentrum dieser Kommunikationsgrundrechte wird Art. 5 Abs. 1 GG angesehen. Die in Art. 8 u. 9 Abs. 1, Abs. 3 GG enthaltenen Gewährleistungen werden aber als auf einem damit identischen Grundgedanken basierend interpretiert. Diese müßten daher auch einem identischen Schrankenver-

---

m.E. die eher akademische Bedeutung von Art. 9 Abs. 2 GG im hier interessierenden Zusammenhang deutlich. Es wäre absurd, den sozialen Gegenspielern zu unterstellen, sie würden Arbeitskämpfe als Mittel zur Bekämpfung der verfassungsmäßigen Ordnung anwenden. Ein solcher Vorwurf kann nicht einmal gegen den oben (Fn. 1218) erwähnten Zeitungsstreik erhoben werden.

1247 Dazu im einzelnen bereits oben unter aa, (S. 317 ff.).

1248 Als Kommunikationsgrundrechte werden jene Grundrechte angesehen, die dadurch charakterisiert werden können, daß sich auf der Ebene der Grundrechtsausübung ein gesellschaftlicher Kommunikationsprozeß bildet, vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 291; zum Kommunikationsbegriff ausf. ders., ebenda, S. 286 ff. Als echte Kommunikationsgrundrechte sieht Scholz Art. 5, 8, 9 GG, als unechte Art. 12 u. 14 GG an. Zum Unterschied zwischen unmittelbarem u. mittelbarem Schutz kommunikativer Grundrechtsausübung Scholz wie oben, S. 293 f.

1249 Zur Zuordnung der Koalitionsfreiheit zu den Kommunikationsgrundrechten Kammerer, AuR 84, S. 70; Scholz wie Fn. 1248, S. 295 ff.

ständnis unterliegen, das in den in Art. 5 Abs. 2 GG nur exemplarisch erwähnten allgemeinen Gesetzen seinen Ausdruck gefunden habe.[1250]

Gegen diese Sichtweise ist z.T. massive Kritik erhoben worden. So wird etwa bestritten, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, soweit es um das Recht auf kampfweise Betätigung geht, überhaupt zu den Kommunikationsgrundrechten zu zählen sei.[1251] Für diese Auffassung spricht jedenfalls, daß diejenigen Formen des Arbeitskampfes, die Demonstrationscharakter haben[1252] u. damit ohne Zweifel eine enge Verwandtschaft zu Art. 5 Abs. 1 GG aufweisen, gerade nicht durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert werden.[1253] Bei den durch diese Vorschrift gewährleisteten Kampfformen steht vielmehr primär die unmittelbare Einwirkung auf den sozialen Gegenspieler u. nicht etwa die Beeinflussung der öffentlichen Meinung im Vordergrund.[1254]

Außerdem wird darauf hingewiesen, daß man aus der kommunikativen Natur verschiedener Grundrechte nicht ohne weiteres auf die Identität der Schranken schließen dürfe.[1255] Auch diesem Argument ist m.E. zuzu-

---

1250 Vgl. hierzu Lerche, Zentralfragen, S. 35 f. Zur Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 GG auf alle Kommunikationsgrundrechte die Nachw. bei Scholz wie Fn. 1248, S. 335 Fn. 1; vgl. ferner Bettermann, Vortrag, S. 26 ff.; grundsätzlich ebenso auch Brodmann, Arbeitskampf, S. 59 (Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 GG, aber Abwägung mit Art. 9 Abs. 3 GG im Einzelfall).

1251 Vgl. Däubler, Streik, S. 86; Seiter, Streikrecht, S. 116; zust. Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 107.

1252 Gemeint sind insbes. Demonstrations- u. politischer Arbeitskampf (in der Form des politischen Demonstrationsarbeitskampfes), dazu näher oben unter aa, (S. 356 u. S. 361 ff.).

1253 Vgl. dazu die Hinweise oben unter aa, (S. 363). Diese Arbeitskampfformen können allerdings u.U. unter den Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG fallen, was aber z.B. auf die privatrechtliche Rechtswidrigkeit einer Arbeitsniederlegung zunächst ohne Einfluß bleibt, da Art. 5 Abs. 1 GG keine unmittelbare Drittwirkung anordnet u. außerdem Art. 5 Abs. 2 GG als Schranke zur Anwendung kommen würde, vgl. dazu Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, Rdnr. 168 ff.; zum zuletzt genannten Gesichtspunkt auch von Maydell, JZ 80, S. 434.

1254 So zutr. Seiter wie Fn. 1251. Die nicht zu leugnende Beeinflussung auch der öffentlichen Meinung ist demgegenüber nur von untergeordneter Bedeutung.

1255 Vgl. Däubler wie Fn. 1251; Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 68 f.; Wohlgemuth wie Fn. 1251.

stimmen, da man andernfalls konsequenterweise auch die analoge Anwendung von Art. 5 Abs. 2 GG auf Art. 4, 5 Abs. 3 GG bejahen müßte, da auch diese Normen Kommunikationsgrundrechte enthalten.[1256] Außerdem würde diese Anwendung dazu führen, daß Grundrechte, die keinen speziellen Gesetzesvorbehalt aufweisen, im Ergebnis dennoch der nahezu vollständigen Disposition des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers unterliegen. Diese Konsequenz kann aber weder mit dem Wortlaut der jeweiligen Bestimmungen noch mit der Intention des Verfassungsgebers in Einklang gebracht werden.[1257] Im Falle des Rechts auf kampfweise Betätigung würde diese Sichtweise u.U. dazu führen, daß nicht einmal mehr der gewährleistete Kernbereich dieses Rechts unangetastet bliebe.[1258]

Bereits diese beiden eben skizzierten Argumente machen deutlich, daß eine entsprechende Anwendung von Art. 5 Abs. 2 GG auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht in Betracht gezogen werden kann.[1259] Es bedarf daher

---

1256 Eine Mindermeinung bejaht allerdings - zumindest in manchen Konstellationen - die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 2 auch auf Abs. 3 GG, so v.a. Bettermann, Vortrag, S. 27; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3, Rdnr. 14. A.A. zu Recht die h.M., vgl. etwa BVerfG v. 24.2.71, BVerfGE 30, S. 191 f.; BVerfG v. 25.4.72, BVerGE 33, S. 70 f.; BVerfG v. 5.6.73, BVerfGE 35, S. 244; Hamann/Lenz, GG, Art. 5, Anm. B. 9.; Herzog in Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, Rdnr. 1 (unter c,); Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 5, Rdnr. 17; ferner die Nachw. bei Scholz in Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. 3, Rdnr. 11 Fn. 5. Zu Art. 4 GG etwa Herzog wie oben, Art. 4, Rdnr. 18; Schmidt-Bleibtreu/Klein wie oben, Art. 4, Rdnr. 3.

1257 Zutr. Däubler, Streik, S. 86; ähnl. Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 107 f. Allgemein zum Ganzen auch Scholz, DB 79 (Beilage 10), S. 18 unter Hinweis auf das Prinzip der konkreten Schrankenordnung (gesonderte Prüfung der Beschränkbarkeit eines jeden Grundrechts).

1258 Ordnet man wie hier rechtmäßige Arbeitskämpfe dem geschützten Kernbereich zu u. wird gleichwohl Art. 5 Abs. 2 GG analog angewendet, so würde z.B. das Streikrecht der AN u.U. mit dem Recht der AG auf Erbringung der Arbeitsleistung (§ 611 Abs. 1 BGB) abgewogen werden müssen, was durchaus eine Einschränkung des verfassungsrechtlichen Schutzes auch rechtmäßiger Arbeitskämpfe zur Folge haben könnte. Zum Güterabwägungsprinzip im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 GG von Maydell, JZ 80, S. 434; vgl. dazu auch die Hinweise bei Fangmann, AuR 85, S. 11 f.

1259 Wie hier Däubler wie Fn. 1257, S. 85 f.; Kammerer, AuR 84, S. 78; Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 71; Schneider, RdA 82, S. 106; Seiter, Streikrecht, S. 116; Wohlgemuth wie Fn. 1257, S. 108. Zu weiteren, hier nicht zu erörternden Gegenargumenten Däubler wie Fn. 1257, S. 85.

keiner detaillierten Untersuchung mehr, was unter den allgemeinen Gesetzen i.S. dieser Vorschrift genau zu verstehen ist[1260], insbes. ob schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter auf diesem Weg zu einer Einschränkung des Rechts auf kampfweise Betätigung führen könnten.[1261]

ccc) Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG

Einschränkungen des Rechts auf kampfweise Betätigung durch die Schrankentrias könnten sich sowohl über die Schranke der Rechte anderer als auch über diejenige der verfassungsmäßigen Ordnung ergeben. Zu den Rechten anderer zählen u.a. alle subjektiven, privaten u. öffentlichen Rechte von natürlichen u. juristischen Personen des Privatrechts[1262] u. damit ohne weiteres auch schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter.[1263] Der Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung um-

---

1260 Dazu ausf. z.B. Herzog wie Fn. 1256, Art. 5 Abs. 1, Rdnr. 249 ff.; Fangmann, AuR 85, S. 10 f.; Knebel wie Fn. 1259, S. 69 ff.; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 9, Rdnr. 47 ff.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 336 ff.

1261 Einen derartigen Zusammenhang bejahen grundsätzlich Däubler wie Fn. 1257, S. 85 (§§ 611 Abs. 1 u. 823 Abs. 1 BGB als allgemeine Gesetze i.S. v. Art. 5 Abs. 2 GG mit der Konsequenz, daß Streiks nur nach vorheriger Kündigung der Arbeitsverträge zulässig sein können; diese Beurteilung müßte konsequenterweise entsprechend auf die hier relevanten Formen schuldrechtlicher Verträge übertragen werden); von Maydell wie Fn. 1258 (zu den allgemeinen Gesetzen i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG zählt auch der Grundsatz, daß Verträge einzuhalten sind u. ihre Verletzung Schadensersatzpflichten auslöst). Vgl. auch BVerfG v. 15.1.58, BVerfGE 7, S. 198 (Lts. 4.) u. S. 211, wonach keine Bedenken bestehen, Normen des BGB als allgemeine Gesetze i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG anzuerkennen.

1262 Vgl. Doehring, Staatsrecht, S. 269; Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rdnr. 73; von Münch, in: von Münch GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 26; Niemöhlmann, in: von Münch, GG-K Bd. 1 1. Aufl., § 2, Rdnr. 20; Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 781; wohl auch von Münch in Bonner Kommentar, Art. 9, Rdnr. 91; enger Hamann/Lenz, GG, Art. 2, Anm. B. 5., die eine einwandfreie verfassungsrechtliche Fundierung dieser Rechte verlangen (dieser Gesichtspunkt kann für die hier interessierenden privatrechtlichen Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter unerörtert bleiben, da sowohl BGB als auch HGB als die relevanten Rechtsquellen insoweit unproblematisch sind).

1263 Wie hier etwa Nipperdey wie Fn. 1262, S. 782 (Forderungsrechte als Bestandteil subjektiver Rechte).

schließt hier im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 2 GG[1264] nach Auffassung der Rechtsprechung alle formell u. materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen der gesamten Rechtsordnung.[1265] Dazu zählen selbstverständlich auch diejenigen Normen, die schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter zu begründen vermögen.[1266]

Bei der gegenwärtig nur noch vereinzelt bejahten Anwendung der Schrankentrias auf den Arbeitskampf sind im folgenden nur die Stellungnahmen derjenigen Autoren näher zu berücksichtigen, die den Arbeitskampf der Koalitionsfreiheit zuordnen u. damit unter den Schutz von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG stellen wollen.[1267,1268] Gegen diese Sichtweise bestehen zunächst die bereits im Rahmen der Diskussion von Art. 5 Abs. 2 GG

1264 Oben unter aaa, (S. 367).

1265 Vgl. BVerfG v. 16.1.57, BVerfGE 6, S. 37 f.; BVerfG v. 15.1.75, BVerfGE 38, S. 319 f.; BVerfG v. 28.2.79, BVerfGE 50, S. 262; BVerfG v. 5.11.80, NJW 81, S. 673; zust. Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 174; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 30; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rdnr. 9. A.A. Dürig wie Fn. 1262, Art. 2, Rdnr. 18; Nipperdey wie Fn. 1262, S. 791 ff.; wohl auch Hamann/Lenz wie Fn. 1262, Art. 2, Anm. B. 6. m.w.N. Ob die Bedenken dieser Gegenmeinung zutr. sind, kann hier unentschieden bleiben, da bei Zugrundelegung der weiteren Interpretation der h.M. die hier interessierenden privatrechtlichen Ansprüche eben über beide Teilschranken der Schrankentrias Berücksichtigung finden können. Für die h.M. spricht im übrigen, daß aus einer identischen Nomenklatur nicht automatisch auch z.B. auf einen identischen Begriffsinhalt geschlossen werden kann. Wie bereits die Diskussion der Notstandsklausel (oben unter 1., S. 225) gezeigt hat, führt gerade bei Normen des GG die wörtliche Auslegung häufig nicht weiter.

1266 Vgl. v.a. die Vorschriften über die Regelung von Leistungsstörungen (§§ 280 ff. BGB) u. unerlaubte Handlungen (§§ 823 ff. BGB); zur Relevanz dieser Vorschriften für die privatrechtliche Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten bereits ausf. oben 2. Teil (S. 64 ff.).

1267 Soweit der Arbeitskampf nur als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit angesehen u. daher systematisch Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet wird - zu dieser Sichtweise im einzelnen oben unter a, (S. 243 ff.) - ist die Anwendung der Schrankentrias nicht nur plausibel, sondern auch grundrechtsdogmatisch nicht zu beanstanden.

1268 Die Anwendung der Schrankentrias auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG u. damit zumindest konkludent auch auf den Arbeitskampf bejahen z.B. BAG v. 14.2.67, BAGE 19, S. 226; BAG v. 29.11.67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, unter VIII. 3. d.G.; Bettermann, Vortrag, S. 9 f.; von Mangoldt/Klein, GG, Art. 9, Anm. VI. 1.; von Münch in Bonner Kommentar, Art. 9, Rdnr. 178 i.V.m. Rdnr. 90; Rüthers, Streik, S.

dargestellten Bedenken.[1269] Eine vom Verfassungsgeber vorbehaltlos ausgestaltete Grundrechtsnorm kann nicht durch entsprechende Anwendung von Schranken anderer Grundrechtsbestimmungen dennoch in mehr oder weniger großem Umfang dem Zugriff des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers ausgeliefert werden.[1270] Im Falle der Schrankentrias wäre darüberhinaus deren undifferenzierte Anwendung auf die speziellen Freiheitsrechte u. damit auch auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG folgenschwer. Wegen des oben bereits angedeuteten weiten Inhalts dieser Schranke ergäbe sich ein derart umfassender Dispositionsspielraum zugunsten des Gesetzgebers, daß z.B. nicht einmal mehr der Kernbereichsschutz des Rechts auf kampfweise Betätigung sichergestellt wäre, da konsequenterweise auch der rechtmäßige Arbeitskampf unter dem Vorbehalt dieser Schranken stehen müßte.[1271] M.a.W. Worten würde auf diesem Weg die früher vertretene u. in dieser Arbeit bereits abgelehnte Sichtweise, die nur die Arbeitskampffreiheit anerkennen wollte, wieder eine Auferstehung erleben.[1272]

29; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 36. Vgl. auch Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 147 f., die Koalitionsbestand u. -zweck Art. 9 Abs. 3 GG, die Koalitionsbetätigung- u. damit auch den Arbeitskampf - aber Art. 2 Abs. 1 GG zuordnen u. insoweit zur Anwendbarkeit der Schrankentrias gelangen (in Bd. II/2, S. 915 ff. wird diese Konstruktion allerdings nicht mehr vertreten). Widersprüchlich Scholz, Koalitionsfreiheit, wo auf S. 325 die Anwendbarkeit der Schrankentrias abgelehnt wird, während ebenda, S. 326 aber die Rechte Dritter unter Hinweis auf den Gleichheitsgedanken als Schranke angesehen werden; diese Konstruktion ist nicht nur merkwürdig, sondern wegen der unproblematischen Möglichkeit der Berücksichtigung von ranggleichen Rechten Dritter im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (oben, S. 337 f.) überflüssig.

1269 Oben unter bbb, (S. 369 f.).

1270 (Selbstverständliche) Einschränkungen können sich bei vorbehaltlosen Grundrechten nur durch die immanenten Schranken ergeben, die für jedes Grundrecht separat zu ermitteln sind, vgl. Scholz, DB 79 (Beilage 10), S. 18 u. S. 19 sowie bereits den entsprechenden Hinweis oben vor aa, (S. 316 Fn. 993).

1271 Als Grenze für Eingriffe wäre nur noch die Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) gegeben, so zutr. die Hinweise von Lerche, Zentralfragen, S. 33 f.; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 32. Diese kann aber nach der hier vertretenen Auffassung nicht mit dem geschützten Kernbereich gleichgesetzt werden, wie hier Schwabe, Anm. zu BVerfG v. 17.2.81, DÖV 81, S. 797; der Kernbereich ist vielmehr selbst bei Zugrundelegung der Unerläßlichkeitsformel noch immer umfassender als der Wesensgehalt (dazu bereits die Hinweise oben unter aa, S. 320 f.).

1272 Vgl. bereits die Ausführungen oben unter a, (S. 242 ff.).

Die hier vertretene Auffassung befindet sich mit der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG im Einklang. Diese geht u.a. davon aus, daß das Spezialitätsverhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zu den speziellen Freiheitsrechten auch insoweit von Bedeutung sei, als nicht nur diese Norm selbst, sondern auch deren Schranken unanwendbar seien, wenn ein Recht oder ein Rechtsgut bereits in den Anwendungsbereich eines speziellen Freiheitsrechts falle.[1273] Dieser Grundsatz hat im Ergebnis auch im arbeitskampfrechtlichen Schrifttum vorwiegend Anerkennung gefunden.[1274]

Schließlich sei nochmals daran erinnert, daß es selbst zum Schutz gleichrangiger, d.h. hier auf Verfassungsebene gewährleisteter Rechte Dritter vor Beeinträchtigung nicht einer Heranziehung der Schrankentrias bedarf. Derartige Rechte sind vielmehr bereits im Rahmen der Bestimmung der immanenten Schranken - hier von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG - zu berücksichtigen;[1275] dabei spielt primär der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bzw. das Prinzip der Herstellung praktischer Konkordanz die zentrale Rolle.[1276]

Daher ist festzuhalten, daß auch die Schrankentrias keine Einschrän-

---

1273 Vgl. BVerfG v. 24.2.71, BVerfGE 30, S. 192; BVerfG v. 19.10.71, BVerfGE 32, S. 107 f.; BVerfG v. 11.4.72, BVerfGE 33, S. 29; zust. Brodmann, Arbeitskampf, S. 60; Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rdnr. 8; Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 67; Merten, JuS 76, S. 347; Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 767; grundsätzlich ebenso Miller, Positivität, S. 12 f.

1274 Gegen die Anwendbarkeit der Schrankentrias auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG wie hier Brodmann wie Fn. 1273; Knebel wie Fn. 1273, S. 67; Lerche wie Fn. 1271; Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 19 Fn. 12; Schmidt-Preuß, Zentralfragen, S. 196; Schneider, RdA 82, S. 106; Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 338; Wiedemann, RdA 69, S. 330; diff. Seiter, Streikrecht, S. 117 (Berücksichtigung von gleich- oder höherrangigen Rechten Dritter über die Schrankentrias).

1275 Im einzelnen oben unter aa, (S. 337 f.); wie hier auch Knebel wie Fn. 1273, S. 69 (im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 2 GG).

1276 Damit werden m.E. auch die in Fn. 1274 erwähnten Bedenken von Seiter gegenstandslos, da die schützenswerten Rechte Dritter bereits im Wege der inhaltlichen Bestimmung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG Berücksichtigung finden können, ohne daß es der von ihm vorgeschlagenen, äußerst problematischen teilweisen Anwendung der Schrankentrias bedürfte.

kungen des oben skizzierten Umfangs des Rechts auf kampfweise Betätigung zu begründen vermag.[1277] Eine andere, davon streng zu unterscheidende Frage ist es, ob die hier im Blickpunkt stehenden schuldrechtlichen Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter nicht unmittelbar Verfassungsschutz genießen u. daher unter Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ggf. noch zu berücksichtigen sind. Schließlich kann an dieser Stelle nunmehr auch endgültig festgestellt werden, daß der Arbeitskampf innerhalb der Rechtsordnung nicht lediglich in Form der Arbeitskampffreiheit anerkannt, sondern grundsätzlich durch das GG in einem Kernbereich gesetzesfest gewährleistet wird.[1278] Dieser Kernbereich erstreckt sich grundsätzlich auf rechtmäßige Arbeitskampfformen, soweit diese zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderlich sind.

cc) Einschränkungen durch die Bindung an das Gemeinwohl

aaa) Überblick über den Meinungsstand

Ob die Koalitionsfreiheit u. damit nach der hier vertretenen Auffassung auch das Recht auf kampfweise Betätigung unter dem Vorbehalt des Gemeinwohls bzw. des öffentlichen Interesses[1279] steht u. daher entsprechenden Einschränkungen unterliegt, muß heute als unentschieden angesehen werden.

Einige Autoren lehnen eine Gemeinwohlbindung von Arbeitskampfmaßnahmen

---

1277 Unzutr. Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 19, der die "Streikbefugnis" - ohne deren rechtliche Qualifikation näher zu untersuchen - der Schrankentrias unterstellen will, was u.a. zur Behauptung führt, der Arbeitskampf habe keinen Einfluß auf schuldrechtliche Verträge zwischen kampfbeteiligten Unternehmern u. kampfunbeteiligten Dritten.

1278 Zu dieser zentralen Ausgangsfrage oben unter a, (S. 250).

1279 Beide Begriffe werden im folgenden synonym verwendet, wie hier z.B. Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 88 Fn. 1 u. S. 95; a.A. Reuß, ZfA 70, S. 320.

grundsätzlich ab.[1280] Zur Begründung wird insbes. angeführt, daß es sich beim Gemeinwohl um eine Leerformel handele, da kein einheitlicher Begriffsinhalt existiere.[1281] Wegen der fehlenden Justiziabilität könne die Gemeinwohlpflichtigkeit nicht als verfassungsrechtliche Grundrechtsschranke in Betracht kommen.[1282] Außerdem enthalte der Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG keinerlei Anhaltspunkte für einen Gemeinwohlvorbehalt der dort geschützten Rechtspositionen.[1283]

An dieser Argumentation ist zutr., daß es nicht nur an einer hinreichend exakten Def.[1284], sondern darüberhinaus auch an der Definitionsfähigkeit fehlt.[1285] Der wesentliche Grund hierfür liegt wohl darin, daß es sich beim Gemeinwohl um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der ein hohes Maß an inhaltlicher Offenheit aufweist.[1286] Andererseits kann seine Rechtsrelevanz nicht einfach bestritten werden, da er in einer Reihe verschiedener gesetzlicher Bestimmungen

---

1280 Vgl. etwa Däubler, Streik, S. 84 f.; Hamann/Lenz, GG, Art. 9, Anm. B. 8. b, aa,; Reuß wie Fn. 1279, insbes. S. 338; Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 101 f.; wohl auch Söllner, Arbeitsrecht, S. 143 f. Allgemein gegen eine Gemeinwohlbindung auch Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 82 ff.; Bettermann, Vortrag, S. 10 u. S. 16 ff.

1281 So z.B. Adomeit wie Fn. 1280, S. 82 f. u. Fn. 264 (S. 83); Reuß wie Fn. 1279, S. 320 u. S. 321; dagegen Müller, DB 84, S. 2695 (Gemeinwohl alles andere, nur kein inhaltsloser Leerbegriff).

1282 Vgl. Bettermann wie Fn. 1280, insbes. S. 19.

1283 Vgl. Wohlgemuth wie Fn. 1280, S. 101; ähnl., wenn auch unter Hinweis auf ein evtl. redaktionelles Mißgeschick, das durch Interpretation korrigiert werden müsse, relativierend Däubler wie Fn. 1280, S. 81. Für Däublers Ansicht könnte sprechen, daß im Entwurf des Allgemeinen Redaktionsausschusses für das GG ein Gemeinwohlvorbehalt für das Streikrecht vorgesehen war, vgl. dazu den Hinweis von Seiter, Streikrecht, S. 544 Fn. 9.

1284 Vgl. zu den verschiedenen erfolglosen Definitionsversuchen den Überblick bei Knebel wie Fn. 1279, S. 96 ff. m.w.N.; Reuß wie Fn. 1279, S. 320 u. S. 321 f.; vgl. dazu auch Däubler wie Fn. 1280, S. 81 f. (tautologische Umschreibungen des Gemeinwohls); Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 220 (inhaltliche Unschärfe des Gemeinwohlbegriffs).

1285 Vgl. Knebel wie Fn. 1279, S. 99; Wohlgemuth wie Fn. 1280, S. 101; a.A. wohl Zöllner, Maßregelungsverbote, S. 47 (Ablehnung des Satzes, das Gemeinwohl sei keine inhaltliche Größe).

1286 Dazu näher Knebel wie Fn. 1279, S. 99 f.

verwendet wird[1287] u. auch in der Rechtsprechung eine wichtige Rolle spielt.[1288] In diesem Zusammenhang ist insbes. die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 GG zu erwähnen[1289], wo v.a. deutlich wird, daß der Gemeinwohlvorbehalt nicht notwendig im Wortlaut einer Norm des GG zum Ausdruck kommen muß.[1290] Die Brauchbarkeit des Gemeinwohlbegriffs hängt somit entscheidend davon ab, ob es gelingt, seinen Inhalt hinreichend zu präzisieren, insbes. Maßstäbe zu entwickeln, die ihn justiziabel machen.

An dieser Stelle setzt nun eine zweite Meinungsgruppe an, die eine Bindungswirkung für die Betätigung der Koalitionen grundsätzlich bejaht.[1291] Zur Begründung für eine zur Begrenzung der Tarifautonomie

---

1287 Vgl. den ausführlichen Überblick bei Knebel wie Fn. 1279, S. 88 ff.

1288 Dazu näher Knebel wie Fn. 1279, S.90 ff. mit ausführlichen Nachw.

1289 Vgl. stv. das sog. Apothekenurteil BVerfG v. 11.6.58, BVerfGE 7, S. 378 (Lts. 6. a,) u. S. 405 (Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung durch einfaches Gesetz ist verfassungsgemäß, soweit dies aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheint).

1290 Dies gegen Wohlgemuth wie Fn. 1280, S. 101; vgl. auch den Hinweis von Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 17, S. 22 auf die Beschränkungen von Art. 9 Abs. 3 GG durch die Kernbereichslehre.

1291 Vgl. etwa BVerfG v. 18.12.74, BVerfGE 38, S. 307; Benda, Notstandsverfassung, S. 103 f.; Brodmann, Arbeitskampf, S. 107 f.; Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 195 (bei Verletzung des Gemeinwohls in "unerträglicher Weise"); Germelmann, Streikrecht, S. 57 f.; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 70 ff.; Mager, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 15, S. 79 (bei groben Verstößen gegen das Gemeinwohl); Müller wie Fn. 1290, S. 22; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 141 (Sittenwidrigkeit eines Streiks, der unabsehbaren Schaden für die Allgemeinheit mit sich bringt); Säcker, Gruppenautonomie, S. 278 f.; Seiter, Streikrecht, S. 544,; Schmid, NJW 79, S. 17; Zöllner, Maßregelungsverbote, S. 46; beiläufig BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 3. d.G.; wohl auch BAG v. 20.12.63, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 3. e, d.G.; BAG v. 29.11.67, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, unter VIII. 3. d.G.; Adomeit, NJW 84, S. 595 f. (unter Heranziehung eines kollektivrechtlichen Günstigkeitsprinzips als Maßstab für das Gemeinwohl); Lieb, Arbeitsrecht, S. 138 (Bindung der TV-Parteien an gesetzlich festgelegte Höchstgrenzen); Weber, FS für OLG Celle, S. 249 f. (keine Beeinträchtigung des Gedeihens der Volkswirtschaft durch TV). Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 81 bezeichnet diese Auffassung als herrschend.

führende Gemeinwohlbindung werden verschiedene, sehr unterschiedliche Argumente herangezogen.[1292] Im Hinblick auf das Recht auf kampfweise Betätigung wird insbes. auf den notwendigen Schutz Dritter sowie der Allgemeinheit hingewiesen.[1293]

Gemeinsam ist allen Begründungsversuchen, daß sie auf einer sehr abstrakten Ebene angesiedelt sind bzw. allgemeine Rechtsgrundsätze u. Generalklauseln fruchtbar zu machen versuchen u. somit allein keinen brauchbaren Maßstab abgeben, um mögliche Verstöße gegen das Gemeinwohl feststellbar zu machen. Bisher existieren soweit ersichtlich i.w. nur zwei insoweit diskussionsfähige Ansätze, die die Konstruktion eines justiziablen Maßstabs als äußere Vorgabe für das Gemeinwohl zum Gegenstand haben.[1294]

BULLA[1295] geht dabei davon aus, daß für die sozialen Gegenspieler als Pendant zum Recht auf freie soziale Selbstverwaltung eine Rechtspflicht zur sozialen Selbstverantwortung bestehe.[1296] Diese Pflicht gebiete die Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Belange der Allgemeinheit beim Abschluß von TV sowie der u.U. notwendig werdenden kampfweisen Durchsetzung der tarifpolitischen Ziele. Durch das Gesetz über die Bildung des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung[1297] sei eine Einrichtung geschaffen worden, die Grenzwerte aufstellen könne, deren Beachtung zur Sicherung der Stabilität u. damit auch des Gemeinwohls führe.

1292 Vgl. dazu im einzelnen den Überblick bei Knebel wie Fn. 1291, S. 82 ff.

1293 Vgl. Germelmann wie Fn. 1291; Klein wie Fn. 1291, S. 70; Seiter wie Fn. 1291.

1294 Germelmann wie Fn. 1291, S. 58 schlägt vor, den Gemeinwohlbegriff mit Hilfe von Art. 9 Abs. 2 GG zu konkretisieren. Diese Auffassung geht fehl, da die Anwendbarkeit dieser Schranke auf die Koalitionsfreiheit ohnehin zu bejahen ist (oben unter bb, S. 366), so daß für eine Gemeinwohlbindung, die nichts anderes bedeutet als eine erneute Heranziehung der drei dort geregelten Verbotstatbestände, kein Bedürfnis mehr besteht.

1295 Vgl. zum folgenden Bulla, FS für Nipperdey 1965, S. 82 ff.

1296 Zu diesem Aspekt auch Lerche, Zentralfragen, S. 29 (öffentliche Verantwortung der sozialen Gegenspieler als Bindung an das Gemeinwohl).

1297 Vgl. Gesetz v. 14.8.1963, BGBl. 1963 I, S. 685 f.

Dieses Konzept hat sich v.a. deshalb nicht als tragfähig erwiesen, weil keine gesetzliche Verpflichtung für die sozialen Gegenspieler besteht, diese Grenzwerte beim Abschluß von TV zu beachten.[1298,1299] Die gleichwohl von BULLA über die Sozialadäquanzlehre hergeleitete Bindungswirkung für Arbeitskampfmaßnahmen[1300] ist - unabh. von der bereits abgelehnten Anwendbarkeit dieser Lehre im Arbeitskampfrecht[1301] - ebenfalls verfehlt. Erkennt man wie hier eine untrennbare Verknüpfung von Tarifautonomie, TV u. Arbeitskampf an, dann kann es nicht angehen, Arbeitskämpfe, die um tariflich zulässige Regelungen geführt werden, durch Zwischenschaltung zweifelhafter Rechtskonstruktionen mit dem Makel der Rechtswidrigkeit versehen zu wollen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß dann, wenn keine Bindung der tariflichen Vereinbarungsbefugnis an die Grenzwerte des Sachverständigenrates besteht, diese Beurteilung auch für Arbeitskampfmaßnahmen gelten muß.[1302]

Ein zweiter Ansatz zieht Art. 109 Abs. 2 GG i.V.m. mit § 1 StabG heran.[1303] In jener Vorschrift wird die Erhaltung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts als Staatsziel festgeschrieben u. durch das in § 1 StabG umschriebene sog. magische Viereck näher konkretisiert. Ferner sieht § 3 StabG vor, daß die Bundesregierung Orientie-

---

1298 Dies erkennt auch Bulla wie Fn. 1295, S. 87 zutr.; vgl. auch Knebel wie Fn. 1291, S. 141 f., der auf die fehlende demokratische Legitimation des Sachverständigenrates zur Konkretisierung des Gemeinwohls hinweist.

1299 Der Vorschlag Bulla's würde zudem zu einer völligen Aushöhlung der Tarifautonomie führen, da die sozialen Gegenspieler nur noch die Vorgaben des Sachverständigenrates formell zu vollziehen hätten, so zutr. Reuß, ZfA 70, S. 329; auch Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter B. II. 1. b, bb (VI.) (1.).

1300 Vgl. Bulla wie Fn. 1295, S. 96 ff. (Beachtung der wirtschaftlichen Grundlagen sowie der Existenz der Gemeinschaft als zusätzliche Vor. für die Sozialadäquanz von Arbeitskämpfen).

1301 Dazu näher oben § 1 (S. 166 ff.).

1302 Wie hier grundsätzlich Seiter, Streikrecht, S. 560.

1303 Vgl. dazu v.a. Biedenkopf, BB 68, S. 1008 f.; (Beeinflussung von Tarifautonomie u. Arbeitskampf durch konzertierte Aktion); Säcker, Kollektive Koalitionsfreiheit, S. 53 f.; ders., Gruppenautonomie, S. 278 ff.

rungsdaten für ein gleichzeitiges aufeinander abgestimmtes Verhalten (konzertierte Aktion) von Gebietskörperschaften, Gewerkschaften u. AG-Verbänden zur Erreichung der Ziele des § 1 StabG zur Verfügung stellt.

Auch dieser - z.T. noch modifizierte[1304] - Ansatz erweist sich im Hinblick auf eine Gemeinwohlbindung von Arbeitskampfmaßnahmen als nicht tragfähig. Es fehlt bereits wiederum an einer gesetzlichen Pflicht der sozialen Gegenspieler zur Beachtung dieser Orientierungsdaten.[1305] Eine dennoch z.T. bejahte Bindungswirkung[1306] wäre im übrigen erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Wird nämlich durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG im Rahmen der Tarifautonomie ein Kernbereich verbandsmäßiger Lohngestaltung mitgewährleistet[1307], dann ist eine derart massive staatliche Einflußnahme auf die Bildung der Tariflöhne, wie sie in der letztlich verbindlichen Festsetzung von Orientierungsdaten gesehen werden müßte, als Eingriff in den geschützten Kernbereich anzusehen.[1308] Die sozialen Gegenspieler könnten

---

1304 Vgl. Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 160 ff. (Negative Konkretisierung des Gemeinwohls auf der Basis der §§ 1 - 3 StabG).

1305 Vgl. den zutr. Hinweis von Seiter wie Fn. 1302, S. 558 m.w.N. in Fn. 80; vgl. auch Lieb, Arbeitsrecht, S. 138, der nur durch Gesetz festgelegte Lohnhöchstgrenzen, nicht aber von der Exekutive stammende Orientierungsdaten als verbindlich anerkennen will. Gegen eine Bindung der sozialen Gegenspieler an das StabG Rüthers, ZfA 82, S. 249.

1306 Vgl. die Nachw. in Fn. 1291.

1307 Dazu schon oben unter c, (S. 269 f.).

1308 Dies muß m.E. auch dann gelten, wenn solche Daten vom Gesetzgeber vorgegeben würden. Damit wäre zwar das Legitimationsproblem erledigt, es blieben aber die Bedenken, daß der aufgrund von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zur Überlassung der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen an die Koalitionen verpflichtete Staat auf diesem Weg zumindest die wichtige Materie der verbandsmäßigen Lohngestaltung an sich ziehen würde, da die sozialen Gegenspieler bei dieser Rechtslage zu bloßen Ausführungsorganen staatlicher Vorgaben degradiert wären. Dies verkennt Lieb wie Fn. 1305, wenn er dem Staat als alleinigem Hüter des Gemeinwohls ein solches Vorgehen gestatten will. Mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Tarifautonomie ist diese Sichtweise jedenfalls nicht in Einklang zu bringen; dagegen zu Recht z.B. Klein, Koalitionsfreiheit, S. 73; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter B. II. 1. b, bb, (VI.) (1.); Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 274.

dann allenfalls noch bis zu den jeweils festgesetzten Obergrenzen die materiellen Arbeitsbedingungen autonom regeln. Die Tarifautonomie wäre daher in bedenklicher Weise verkürzt. Außerdem ist es zweifelhaft, ob solche Orientierungsdaten überhaupt hinreichend exakt sein könnten, um als präzise Umschreibung für das jeweils zu berücksichtigende Gemeinwohl dienen zu können.[1309] Dies trifft m.E. nicht zu, da die periodische Entwicklung gesamtwirtschaftlicher Daten selbst bei Zugrundelegung sehr kurzer Zeiträume nur ungenau prognostizierbar u. mit einem hohen Maß an Unsicherheit behaftet ist.[1310] Eine Gemeinwohlbindung von Arbeitskampfmaßnahmen ist daher auch mangels eines geeigneten justiziablen Maßstabs abzulehnen.

Selbst wenn es gelingen sollte, einen hinreichend präzisen Maßstab zu entwickeln, bleibt das Problem der staatlichen Einflußnahme auf die Tarifautonomie befriedigend zu lösen.[1311] Diese Bedenken könnten zwar dadurch ausgeräumt werden, indem man den sozialen Gegenspielern selbst die Formulierung des Gemeinwohls zuordnet u. seine Berücksichtigung in der gemeinsamen Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen sieht.[1312] Ein so verstandenes Gemeinwohl wäre aber in der Tat nicht als Schranke der koalitionsgemäßen Betätigung anzusehen[1313], da nur noch ein ex-post Maßstab existiert u. außerdem keinesfalls ohne weiteres davon ausgegangen werden darf, daß das gemein-

---

1309 Derartige Orientierungsdaten finden sich z.B. in den Jahresberichten des Bundeswirtschaftsministeriums über die wirtschaftliche Entwicklung sowie in den in regelmäßigen Abständen veröffentlichten Gutachten verschiedener Wirtschaftsforschungsinstitute.

1310 Der Wert der in den in Fn. 1309 beispielhaft genannten Materialien zu findenden Prognosen wird u.a dadurch eingeschränkt, daß die Aussagen an bestimmte Annahmen bezüglich nicht oder nur schwer zu beeinflussender Parameter (z.B. Außenwert der Währung, Entwicklung der Rohstoffpreise etc.) geknüpft werden u. Zahlenangaben (z.B. über Preissteigerungsraten u. Wirtschaftswachstum) nur mit z.T. beträchtlichen Spannen angegeben werden.

1311 A.A. etwa Zöllner, Maßregelungsverbote, S. 46.

1312 Dieser Ansatz kann als innere Gemeinwohlbindung bezeichnet werden, vgl. etwa Klein wie Fn. 1308 (Arbeitskampf enthält auch gemeinwohlkonkretisierende Funktionen); Lerche, Zentralfragen, S. 29 ff.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 221; ders. in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 274.

1313 Atypisch ist bereits, daß diejenigen Institutionen, deren Betätigungen beschränkt werden sollen, diese Grenzen selbst festlegen.

same Beste auch gleichzeitig das (all) gemeine Beste ist.[1314] Aufgrund des derzeitigen Diskussionsstandes ist daher eine Gemeinwohlbindung von Arbeitskampfmaßnahmen i.S. einer äußeren staatlichen Vorgabe, die Verbindlichkeit beansprucht, abzulehnen.[1315,1316]

bbb) Die Beziehung zwischen Gemeinwohl und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Eine dritte vertretene Auffassung sieht die Gemeinwohlbindung von Arbeitskampfmaßnahmen als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung an.[1317] Beide Kategorien weisen in der Tat einige Parallelen auf, so daß zu untersuchen ist, ob nicht zumindest im Falle des Arbeitskampfes eine zusätzliche Bindung an das Gemeinwohl deshalb entbehrlich ist, weil sich durch Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bereits weitergehende Einschränkungen ergeben.[1318]

1314 Diese Diskrepanz ist darauf zurückzuführen, daß staatlich-politisches u. koalitionsmäßig-soziales Gemeinwohl nicht identisch sind, vgl. dazu Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 220.

1315 Auch der hier als innere Gemeinwohlbindung bezeichnete Ansatz vermag jedenfalls hinsichtlich des Rechts auf kampfweise Betätigung nicht weiter zu führen: im Gegensatz zu den oben unter aa, u. bb, (S. 317 ff. u. S. 364 ff.) behandelten Schranken bestimmen hier die sozialen Gegenspieler ihre Grenzen selbst u. autonom. Außerdem fehlt die Möglichkeit der Nachprüfbarkeit der Angemessenheit ihrer Regelungen durch eine andere, neutrale Instanz, so daß mögliche Verstöße sanktionslos bleiben würden.

1316 Für die hier vertretene Auffassung spricht auch, daß die Bindung der sozialen Gegenspieler an das Gemeinwohl erst im Rahmen eines noch zu schaffenden Verbändegesetzes festgeschrieben werden soll, vgl. Rüthers, ZfA 82, S. 253.

1317 So v.a. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III A. I. d.G. Wie hier zur systematischen Einordnung dieser Entscheidung in das Meinungsspektrum Wohlgemuth, Staatseingriff, S. 100 f. Vgl. auch Mager, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 15, S. 79 (engste Verknüpfung von Gemeinwohlgedanke u. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Gemeinwohl als metajuristischer Bezugspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung.

1318 Würde diese These zutreffen, würde eine zusätzliche Gemeinwohlbindung ins Leere gehen u. daher als obsolet anzusehen sein.

Gemeinsam ist beiden Figuren, daß sie eine Berücksichtigung von Interessen der Allgemeinheit, die durch Arbeitskämpfe tangiert werden können, ermöglichen. In beiden Fällen soll ein Ausgleich geschaffen werden zwischen dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf kampfweise Betätigung u. gleichrangig geschützten, entgegenstehenden Rechten abstrakter Dritter.[1319] Es handelt sich in bezug auf die verfassungsrechtliche Ebene jeweils um Schranken-Schranken.[1320]

Unterschiede bestehen insofern, als der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz trotz der auch ihm innewohnenden Unbestimmtheit jedenfalls seit den Aussperrungsurteilen des BAG als inhaltlich hinreichend präzise angesehen werden muß. Dies wird deutlich, wenn man bedenkt, daß mit Hilfe seiner Anwendung die Rechtmäßigkeitskriterien für Arbeitskampfmaßnahmen abgeleitet werden können, die sogar eine konkrete Einzelfallbeurteilung möglich machen.[1321] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ermöglicht ferner nicht nur eine Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit, sondern auch einzelner Dritter, die von den Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen betroffen werden.[1322]

1319 Zur Nowendigkeit dieser Güterabwägung bereits oben unter aa, (S. 321 f.).

1320 Zur Qualifikation des Gemeinwohls als Schranken-Schranke etwa Bettermann, Vortrag, S. 18. Diese Beurteilung gilt auch für den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, da dieser die Befugnisse des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers beschränkt. Hiervon zu unterscheiden ist die privatrechtliche Ebene: das Gemeinwohl wird hier als Schranke für die Ausübung verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechtspositionen gegenüber Gleichgestellten anzusehen sein. Diesen Aspekt übersieht Klein, Koalitionsfreiheit, S. 73 f., wenn er die Sichtweise des BAG (Gegensatz von Arbeitskampf u. Beachtung des Gemeinwohls - gemeint ist damit offensichtlich die privatrechtliche Ebene, d.Verf.) kritisiert; zum Verhältnis von Arbeitskampf u. Gemeinwohl auch (zutr.) Seiter, Streikrecht, S. 545.

1321 Zum Ganzen ausf. oben unter aa, (S. 334 f.).

1322 I.d.R. wird durch Arbeitskämpfe nur ein Teil der Allgemeinheit betroffen werden, z.B. streikende oder ausgesperrte AN, die ihren Lohnanspruch verlieren oder etwa Endverbraucher, denen Kaufsachen nicht bzw. nicht rechtzeitig geliefert werden. Zum angemessenen Schutz solcher Positionen bedarf es bereits eines relativ engmaschigen Siebes, wie es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, nicht aber das Gemeinwohl darstellt. Zur Diff. zwischen (einzelnen) Dritten u. der Allgemeinheit Seiter wie Fn. 1320, z.B. S. 554, S. 555 u. S. 561.

Dies bedeutet nichts anderes, als daß unverhältnismäßige Arbeitskämpfe nicht automatisch gemeinwohlwidrig sind, andererseits der Verstoß gegen das Gemeinwohl aber immer auch die Unverhältnismäßigkeit nach sich ziehen muß, da die Allgemeinheit begrifflich nichts anderes als die Summe vieler (abstrakter) kampfbetroffener, kampfunbeteiligter Dritter darstellt.[1323] Das Gemeinwohl stellt somit im Vergleich zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur eine zusätzliche, entferntere Schranke dar, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen m.E. keine eigenständige Rolle zu spielen vermag.

Diese Sichtweise findet ihre Bestätigung bei einer Betrachtung derjenigen Fallgruppen, die unter dem Gesichtspunkt einer Gemeinwohlwidrigkeit diskutiert werden.[1324] In allen diesen Fällen gelangt man unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht nur zu plausibleren Ergebnissen[1325], diese Ergebnisse können auch wesentlich exakter u. dogmatisch sauberer begründet werden.[1326]

Wollte man dennoch an der Gemeinwohlbindung von Arbeitskampfmaßnahmen festhalten, würde sich zusätzlich die Frage nach der Anspruchsberechtigung stellen.[1327] Greift ein Arbeitskampf nur in geschützte Rechtspositionen kampfunbeteiligter Dritter ein, so fehlt es von vornherein an einer Verletzung des Gemeinwohls. Wird dagegen nur die All-

---

1323 Damit ist nicht die Behauptung aufgestellt, daß sich auch die Interessen der Vielzahl einzelner u. der Allgemeinheit decken, zu diesem Gesichtspunkt näher Däubler, Streik, S. 82 f.; in anderem Zusammenhang auch Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 785.

1324 Vgl. dazu im einzelnen Seiter wie Fn. 1320, S. 546 ff.

1325 Beispiel: Bei Streiks angestellter Ärzte in Krankenhäusern werden wohl nur einzelne, gerade behandlungsbedürftige Patienten, nicht aber auch die Allgemeinheit unmittelbar betroffen werden; diese Situation kann nur über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angemessen gelöst werden; a.A. zu Unrecht Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter B. II. 1. b, bb, (VI.) (2.), die diesen Fall mit der Begründung offensichtlicher Verletzung des Gemeinwohls lösen wollen.

1326 Dies hat seinen wesentlichen Grund darin, daß aufgrund der Teilgrundsätze des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (oben unter aa, S. 331 f.) auch Einzelfallbeurteilungen ohne weiteres möglich sind.

1327 Vgl. zu diesem Komplex die Hinweise bei Seiter wie Fn. 1320, S. 561 ff.

gemeinheit tangiert, so wird es in vielen Fällen an der Verletzung individuell-subjektiver Rechte fehlen[1328], d.h. an einer zentralen Vor. für die Begründetheit privatrechtlicher Ansprüche im hier relevanten Zusammenhang. M.a.W. Worten würden trotz Rechtswidrigkeit eines gemeinwohlwidrigen Arbeitskampfes die kämpfenden Parteien z.B. im Ergebnis keinen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein. Demgegenüber können bei Zugrundelegung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedenfalls unverhältnismäßig betroffene konkrete kampfunbeteiligte Dritte ohne weiteres anspruchsberechtigt sein[1329], was für die hier im Blickpunkt stehende Fragestellung nicht ohne Bedeutung ist.[1330]

Die oben skizzierten Erwägungen sprechen m.E. sehr dafür, auf eine zusätzliche Gemeinwohlbindung von Arbeitskampfmaßnahmen zu verzichten, da in Form des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bereits ein wesentlich präziseres u. handhabbareres Instrument zur Verfügung steht.[1331] Ferner führt die Annahme einer Gemeinwohlbindung in keinem Fall zu einer weitergehenden Einschränkung des Rechts auf kampfweise Betätigung, als sie bisher bereits festgestellt wurde. Außerdem trägt die hier vertretene Auffassung auch der Hilfsfunktion des Arbeitskampfes für die Tarifautonomie Rechnung, da Einschränkungen, die für den Inhalt von Tarifregelungen nicht gelten, auch für das Recht auf kampfweise Betätigung nicht anwendbar sein können.[1332] Zur Klärung des Bestehens bzw. Nichtbestehens schuldrechtlicher Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter leistet der Gemeinwohlgedanke keinen brauchbaren Bei-

---

1328 Vgl. dazu Seiter wie Fn. 1320, S. 562.

1329 Zum Geltungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bereits oben unter aa, (S. 337 f.).

1330 Die oben (Einl., S. 5 f.) aufgeführten Fallgruppen haben gemeinsam, daß subjektiv-individuelle Rechte in Form von schuldrechtlichen Ansprüchen einzelner kampfunbeteiligter Personen durch Arbeitskampfmaßnahmen tangiert werden.

1331 Dies gilt v.a. für die an dieser Stelle im Blickpunkt stehende Frage nach dem Umfang der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung.

1332 Wollte man anders entscheiden, müßte erst nachgewiesen werden, daß TV u. Arbeitskampf im Hinblick auf ihr Verhältnis zur Tarifautonomie einer unterschiedlichen Beurteilung unterliegen.

trag.[1333]

g) Ergebnisse

Die Untersuchung der Stellung des Arbeitskampfrechts im GG ist damit abgeschlossen. Es ist daher geboten, die wesentlichen Ergebnisse nochmals zusammenzustellen, um den weiteren notwendigen Gang der Untersuchung plausibel machen zu können.

(1.) Als Rechtsgrundlage für die Verankerung des Arbeitskampfrechts auf der Ebene des GG kommt nur Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG in Betracht.

(2.) Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet sowohl die individuelle als auch die kollektive Koalitionsfreiheit. Die Gewährleistung der kollektiven Koalitionsfreiheit umfaßt die Koalitionsbestands-, Koalitionszweck- sowie die Koalitionsbetätigungsgarantie.

(3.) Der Arbeitskampf ist als Koalitionsmittel systematisch der Koalitionsbetätigungsgarantie zuzuordnen.

(4.) Der Arbeitskampf ist im Hinblick auf die Sicherung u. Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie als notwendiges Koalitionsmittel (Hilfsinstrument) u. damit mittelbar als durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet anzusehen.

(5.) Das Arbeitskampfsystem wird aufgrund des instrumentellen Charakters des Arbeitskampfes nicht in seiner aktuellen Ausprägung vollständig gesetzesfest gewährleistet (Offenheit des Arbeitskampfsystems).

1333 Wenn Schmid, NJW 79, S. 17 davon ausgeht, die Betroffenen müßten bei gemeinwohlverträglichen Arbeitskämpfen dessen negative Folgen hinnehmen, so ist dies nur vordergründig zutr. Eine endgültige Beurteilung ist erst dann möglich, wenn auch die Frage nach der Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Kampfmaßnahme bejaht wird. Umgekehrt hilft einzelnen Betroffenen die Feststellung der Gemeinwohlwidrigkeit im Hinblick auf die Begründetheit schuldrechtlicher Ansprüche nicht weiter (oben vor Fn. 1328), wohl aber die nach der hier vertretenen Auffassung in diesen Fällen gleichzeitig vorliegende Unverhältnismäßigkeit. Der Ansatz von Schmid erweist sich daher für die Bestimmung des Geltungsbereichs eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht als ungeeignet.

(6.) Die Zuerkennung der Tariffähigkeit erfordert u.a. die soziale Mächtigkeit; zu diesem Kriterium zählt grundsätzlich auch die Arbeitskampfbereitschaft. Wegen dieser Bedeutung des Arbeitskampfes für die Tariffähigkeit muß das Recht zur Führung von Arbeitskampfmaßnahmen grundsätzlich Verfassungsrang haben, damit es vom unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber nicht beliebig ausgehöhlt werden kann.

(7.) Das Recht auf kampfweise Betätigung ist in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als Grundrecht ausgestaltet, d.h. als subjektiv-individuelles Recht zugunsten der Rechtsträger. Zusätzlich enthält diese Verfassungsnorm eine Einrichtungsgarantie zugunsten des Arbeitskampfes.

(8.) Das Grundrecht auf kampfweise Betätigung hat nicht nur öffentlichrechtlichen Charakter, es entfaltet aufgrund der Anordnung unmittelbarer Drittwirkung durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG vielmehr auch auf der Ebene des Privatrechts unmittelbar abstrakte Rechtswirkungen.

(9.) Rechtsträger des Rechts auf kampfweise Betätigung sind nur einzelne AG u. AN. AG-Verbände u. Gewerkschaften sind lediglich zur Ausübung dieses Rechts berechtigt. Dieses Ausübungsrecht ist durch § 2 Abs. 1 TVG unterverfassungsrechtlich für AG u. AN unterschiedlich ausgestaltet worden.

(10.) Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet auch das Recht auf kampfweise Betätigung nur in einem Kernbereich.

(11.) Der Kernbereichsschutz umfaßt nur rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen. Rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen fehlt der erforderliche innere Zusammenhang zur Tarifautonomie; sie nehmen daher an der Gewährleistung durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht teil.

(12.) Die unterverfassungsrechtliche Festlegung von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen durch Rechtmäßigkeitskriterien trägt dem instrumentellen Charakter des Arbeitskampfes im erforderlichen Umfang Rechnung.

(13.) Von den Schrankenmodellen anderer Grundrechte ist nur Art. 9 Abs. 2 GG, nicht aber Art. 5 Abs. 2 GG (allgemeine Gesetze) u. Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG entsprechend anwendbar. Art. 9 Abs. 2 GG führt aber im Vergleich zur Kernbereichslehre zu keinen weiteren Einschränkungen des Rechts auf kampfweise Betätigung.

(14.) Eine Bindung des Rechts auf kampfweise Betätigung an das Gemeinwohl ist abzulehnen.

(15.) Der Schutz kampfbetroffener, aber kampfunbeteiligter Dritter wird durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowohl auf Verfassungs- als auch auf Privatrechtsebene sichergestellt.

(16.) Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist für die Bestimmung des Geltungsbereichs eines möglichen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht von zentraler Bedeutung.

(17.) Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG erkennt nicht nur die Arbeitskampffreiheit an, sondern gewährleistet ein Recht auf kampfweise Betätigung auf Verfassungsebene. Das Arbeitskampfrecht ist daher innerhalb des Kernbereichsschutzes auf der Ebene des GG verankert.[1334]

(18.) Aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfrechts lassen sich noch keine unmittelbaren Konsequenzen im Hinblick auf die privatrechtliche Haftung ziehen.[1335,1336]

1334 Unzutr. ist es, das Recht auf kampfweise Betätigung über das TVG nur auf der Ebene des einfachen Gesetzes verankert zu sehen, so aber zu Unrecht Bobke/Grimberg, Gewerkschaftlicher Warnstreik, S. 236. Bedenklich ist es daher, wenn man wie etwa das BAG in den Aussperrungsurteilen v. 10.6.80 die Stellung des Arbeitskampfrechts nicht deutlich aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG, sondern jedenfalls primär aus dem Tarifrecht ableitet; zur Einordnung solchen Richterrechts in die Normenhierarchie BVerwG v. 10.5.84, DVBl 84, S. 954.

1335 Damit kann m.E. die These Nipperdey's als nicht tragfähig zurückgewiesen werden, der aus einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes unmittelbare Folgerungen für die privatrechtliche Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten ziehen will; vgl. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 956 sowie die diesbezüglichen Hinweise oben 1. Teil (S. 51).

Aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen ergeben sich somit noch keine endgültigen Antworten auf die Frage nach einem möglichen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht sowie im Hinblick auf die Art u. Weise wechselseitiger Beeinflussung zwischen beiden Teilrechtsgebieten.[1337] Andererseits liegen eine Reihe von Anhaltspunkten für eine Integration arbeitskampfrechtlicher Wertungen in das schuldrechtliche System, soweit es die privatrechtliche Haftung betrifft, vor.

Bevor jedoch dieser wohl entscheidende Schritt vorgenommen werden kann, bedarf es zunächst entsprechend der Klärung der Stellung des Arbeitskampfrechts in der Gesamtrechtsordnung einer Untersuchung der Stellung des Schuldrechts in der Hierarchie der Rechtsquellen, um die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen beiden Teilrechtsgebieten einer Beantwortung zuführen zu können.[1338]

II. Stellung des Schuldrechts in der Rechtsordnung

Auf den ersten Blick scheint die Beantwortung dieser Frage u. damit auch das Problem des Rangverhältnisses zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht unproblematisch zu sein. Es könnte nämlich daran angeknüpft werden, daß das Schuldrecht i.w. im Zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches seine Regelung gefunden hat.[1339] Da das BGB den

---

1336 Damit ist auch einer unmittelbaren Begründung der Belastung der Allgemeinheit - u. damit auch kampfunbeteiligter Dritter - über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Boden entzogen, so aber Säcker, GewMH 72, S. 295. Zum zutr. Anwendungsfeld des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im hier interessierenden Zusammenhang (Abstimmung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht) im einzelnen unten unter III., 4. e,.

1337 Wer solche detaillierten Schlußfolgerungen erwartet, kann sich m.E. von vornherein den Blick in das GG sparen, da er Inhalt sowie Sinn u. Zweck der dort vorhandenen Normen verkennt.

1338 Damit bestätigt sich auch die Richtigkeit der oben (vor § 1, S. 128 f.) festgelegten Vorgehensweise im Hinblick auf die Feststellung des Rangverhältnisses zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht.

1339 Die verschiedenen schuldrechtlichen Nebengesetze wie etwa AbzG, HausratsVO etc. spielen in dieser Arbeit keine Rolle. Sie können daher trotz ihren zahlenmäßigen Bedeutung - dazu etwa Hönn, Jura 84, S. 70 - hier unberücksichtigt bleiben. Nur auf das AGBG ist in anderem Zusammenhang (unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, III., 1.) noch näher einzugehen.

Rang einfachen Gesetzesrechts hat, könnte weiterhin gefolgert werden, daß seine Wertungen dann zurücktreten müßten, wenn das Arbeitskampfrecht auf Verfassungsebene verankert ist, was für rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen eben bereits grundsätzlich bejaht wurde.[1340]

Eine solche Betrachtungsweise wäre aber viel zu grob u. undifferenziert. Insbes. würde dabei unberücksichtigt bleiben, daß das Schuldrecht eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Regelungen u. Wertungen enthält[1341], von denen im Rahmen des hier zu bearbeitenden Themas - wie im übrigen auch beim Arbeitskampfrecht - nur einigen wenigen Relevanz zukommt. Als zentralen Punkt wird man m.E. diejenigen Rechtsfolgen ansehen müssen, die das Schuldrecht als Sanktion für arbeitskampfbedingte Eingriffe in Rechte kampfunbeteiligter Dritter vorsieht. Bereits in anderem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, daß für die hier allein interessierende privatrechtliche Haftung zunächst vom Haftungssystem des Schuldrechts ausgegangen werden muß[1342], unabh. davon ob u. ggf. welche Modifikationen dieses Systems das Arbeitskampfrecht letztlich erforderlich machen wird.

1. Formen schuldrechtlicher Rechtsfolgen bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter im Hinblick auf ihre Beziehung zur Privatautonomie

Auf die einzelnen möglichen Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter u. ihre Begründetheit im Hinblick auf die verschiedenen potentiellen Anspruchsgegner ist ebenfalls bereits in anderem Zusammenhang näher eingegangen worden.[1343] Von der dort vorgenommenen Analyse ist an dieser Stelle von Bedeutung, daß von den verschiedenen im BGB geregelten Anspruchsarten insoweit die Kategorien der vertraglichen sowie der deliktischen Ansprüche in Betracht kommen. Die Heranziehung u. Prüfung

---

1340 Oben unter I. (S. 388).

1341 Vgl. nur die Behandlung einzelner schuldrechtlicher Vertragsformen in den §§ 433 ff. BGB.

1342 Vgl. die Hinweise oben Einl. (S. 11 Fn. 43) u. 1. Teil (S. 57).

1343 Oben 2. Teil (S. 63 ff.).

einzelner Anspruchsgrundlagen, auf die diese Ansprüche gestützt werden können, hat ergeben, daß das Schuldrecht bei Begründetheit solcher Ansprüche als Rechtsfolgen Erfüllungs-, Schadensersatz- u. Aufwendungsersatzansprüche sowie Rücktrittsrechte vorsieht.[1344] Diese Rechtsfolgen können nunmehr in Anlehnung an FLUME[1345] unter Berücksichtigung ihrer Beziehung zur Privatautonomie folgendermaßen klassifiziert werden.

Privatautonom gestaltete Rechtsfolgen: Wesentlicher Grund für deren Eintreten ist eine aufgrund der Privatautonomie getroffene Vereinbarung zwischen - mindestens zwei - Personen. Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß die Privatautonomie nicht als von der Rechtsordnung losgelöst betrachtet werden kann, sondern in wechselseitiger Abhängigkeit zu ihr steht, so kommt gleichwohl der Privatautonomie im Hinblick auf eintretende Rechtsfolgen wohl die entscheidende Bedeutung zu. Die Funktion der Rechtsordnung beschränkt sich dagegen jedenfalls außerhalb des Bereichs zwingenden Rechts darauf, dem privatautonomen Akt rechtliche Wirksamkeit u. damit Beachtlichkeit zu verschaffen.[1346] Die privatautonom gestalteten Rechtsfolgen sind hier in erster Linie für vertragliche Erfüllungsansprüche sowie für vertragliche Rücktrittsrechte bedeutsam.[1347]

Gesetzliche Rechtsfolgen: Wesentliches Charakteristikum dieser Kategorie ist, daß sie allein kraft Gesetzes eintreten. Parteivereinbarungen haben, auch wenn sie sich innerhalb der Privatautonomie bewegen, insoweit keinerlei Einfluß. Entscheidend ist lediglich eine bestimmte Wertung eines Lebenssachverhalts durch die Rechtsordnung. Von den in dieser Untersuchung als wesentlich herausgestellten Rechtsfolgen zählen die möglichen Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter aus unerlaubter

---

1344 Vgl. dazu die Ausführungen oben 2. Teil (S. 65 ff.).

1345 Vgl. zum folgenden Flume, Bürgerliches Recht, S. 3 f.

1346 Beispiel (nach Flume wie Fn. 1345, S. 3): Beim Abschluß eines Kaufvertrages setzt die Rechtsordnung die Vereinbarung zwischen Verkäufer u. Käufer durch § 433 BGB in rechtliche Geltung.

1347 Beide Gruppen von Rechten setzen eine privatautonome Vereinbarung voraus, um wirksam zu werden, vgl. nur Brox, Schuldrecht AT, S. 113; Fikentscher, Schuldrecht, S. 242 (jeweils zum vertraglichen Rücktrittsrecht).

Handlung (§§ 823 Abs. 1, 831 BGB) zu den gesetzlichen Rechtsfolgen.[1348]

Gesetzliche Rechtsfolgen aufgrund privatautonomer Gestaltung: Diese Rechtsfolgen treten ein, obwohl sie von den Parteien innerhalb des durch die Privatautonomie zur Verfügung gestellten Spielraums i.d.R. nicht vereinbart werden. Gleichwohl werden sie von der Rechtsordnung im Hinblick auf eine privatautonom getroffene Vereinbarung gewährt. Der wesentliche Unterschied zu den gesetzlichen Rechtsfolgen liegt somit darin, daß jene nicht per se eintreten, sondern ihren wesentlichen Geltungsgrund - wie die privatautonom gestalteten Rechtsfolgen - in einer privatautonomen Vereinbarung haben. Zu den gesetzlichen Rechtsfolgen aufgrund privatautonomer Gestaltung zählen von den hier zu berücksichtigenden Ansprüchen vertragliche Schadensersatz- u. Aufwendungsersatzansprüche sowie gesetzliche Rücktrittsrechte.[1349]

Damit ist zunächst festzuhalten, daß zwischen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in einer privatautonomen Vereinbarung haben u. solchen, die hiervon völlig unabh. sind, unterschieden werden muß. Die gesetzlichen Rechtsfolgen werden somit allein auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts geregelt. Dieser Auffassung steht m.E. nicht der Vorbehalt des bürgerlichen Rechts entgegen, der nach Meinung des BVerfG auch zur Einschränkung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte führen soll, wenn dies im Rahmen der vorzunehmenden Güter- u. Interessenabwägung im Einzelfall geeignet, erforderlich u. nicht unangemessen ist.[1350] Wollte man diesem Ansatz folgen, so könnten auch die gesetzlichen Rechtsfolgen auf die Verfassungsebene transformiert werden, insbes. wenn man das Recht am Unternehmen, das nach der hier vertretenen Auffassung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter unter bestimmten Vor. tangiert

---

1348 Zur Zuordnung deliktischer Ansprüche zu den gesetzlichen Rechtsfolgen Flume, Bürgerliches Recht, S. 3. Zum Gegensatz zwischen deliktischen Ansprüchen u. privatautonomer Gestaltung auch Hönn, Jura 84, S. 57.

1349 Vgl. dazu Flume wie Fn. 1348, S. 3 f.

1350 Vgl. dazu insbes. den sog. Mephistobeschluß, BVerfG v. 24.2.71, BVerfGE 30, S. 173 ff., insbes. S. 188 ff.

werden kann[1351], in den Gewährleistungsbereich von Art. 14 Abs. 1 GG mit einbezieht.[1352]

Diese Sichtweise begegnet m.E. erheblichen Bedenken. KRIELE hat zutr. darauf hingewiesen, daß man auf diesem Weg nahezu jedes zunächst nur gesetzlich geschützte Rechtsgut zum Verfassungsgut erheben könnte u. damit im Wege der Güter- u. Interessenabwägung Einschränkungen originär verfassungsrechtlich gewährleisteter Güter begründen könnte.[1353] Es bedarf wohl keiner eingehenderen Untersuchung, um feststellen zu können, daß auf diese Weise der Grundsatz vom Vorrang der Verfassung sowie die von der h.L. aufgestellte Formel, daß nur verfassungsrechtlich gewährleistete Güter zu einer Einschränkung vorbehaltloser Grundrechte führen könnten[1354], in einem Maße relativiert werden würde, daß das Rangverhältnis von Verfassungsrecht u. einfachem Gesetzesrecht in vielen Fällen in sein Gegenteil verkehrt werden würde.[1355] Daraus folgt, daß nur diejenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen Verfassungsrang beanspruchen können, die nicht nur einfachgesetzlich im BGB geregelt werden, sondern darüberhinaus zusätzlich eine eigenständige, selbständige Verankerung im GG gefunden haben.

Für die gesetzlichen Rechtsfolgen folgt daraus im Hinblick auf das Rangverhältnis gegenüber dem Arbeitskampfrecht, daß die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegierten rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen wegen des Grundsatzes vom Vorrang der Verfassung[1356] den schuldrechtlichen

---

1351 Vgl. im einzelnen oben 2. Teil (S. 89).

1352 Zur möglichen Ableitung deliktisch geschützter absoluter Rechte aus Normen des GG die Hinweise bei Kriele, JA 84, S. 631.

1353 Vgl. Kriele wie Fn. 1352.

1354 Dazu bereits die Hinweise oben unter I. (S. 311 Fn. 967).

1355 Kriele wie Fn. 1352 weist darauf hin, daß bei der Kollision von Grundrechten u. Verfassungswerten (gesetzlich geschützte Rechte, die auf die Verfassungsebene transformiert werden, d. Verf.), bislang nahezu regelmäßig das jeweilige Grundrecht bei der Abstimmung zurücktreten mußte.

1356 Aus diesem Grundsatz folgt allgemein, daß (einfaches) Gesetzesrecht gegenüber Verfassungsbestimmungen nachrangig ist, so ausdrücklich Pieroth, Jura 84, S. 569; Schmidt, Jura 83, S. 172 f.; Wahl, Der Staat 20, S. 487.

Wertungen grundsätzlich vorgehen müssen.[1357] Rechtmäßige Arbeitskämpfe allein können somit niemals die Rechtsfolgen einer unerlaubten Handlung auslösen, unabh. davon, wie dieser Vorrang des Arbeitskampfrechts innerhalb des systematischen Aufbaus der einzelnen anspruchsbegründenden Normen konstruktiv zu berücksichtigen ist.[1358,1359] Weiterhin ergibt sich, daß bei rechtswidrigen Arbeitskämpfen die genau entgegengesetzte Konstellation gilt, da rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen weder durch das GG gewährleistet u. damit privilegiert werden noch auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts eine abschließende u. umfassende Regelung gefunden haben;[1360] daher hat es bei Auswirkungen solcher Kampfmaßnahmen im Rechtskreis kampfun-

---

1357 Es sei darauf hingewiesen, daß es für den weiteren Gang der Untersuchung dahingestellt bleiben kann, ob man der hier vertretenen Auffassung folgen u. eine verfassungsrechtliche Verankerung der gesetzlichen Rechtsfolgen ablehnen will. Andernfalls müßten eben ggf. die gesetzlichen Rechtsfolgen ebenfalls auf Verfassungsebene mit dem Recht auf kampfweise Betätigung abgestimmt werden; dabei würden aber keine grundlegenden Unterschiede gegenüber denjenigen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, bestehen.

1358 Dieser Satz kann allenfalls dann grundsätzliche Einschränkungen erfahren, wenn zur Beurteilung der Haftungsfragen eine Anknüpfung an andere, außerhalb des eigentlichen Arbeitskampfes stehende Handlungen zulässig ist, dazu noch die Hinweise unten 4. Teil, 1. Kap., § 1.

1359 Es wird dabei nicht verkannt, daß auch bei an sich rechtmäßigen Arbeitskämpfen am Rande rechtswidrige Aktionen stattfinden können, die die Rechtsfolgen einer unerlaubten Handlung auszulösen vermögen, vgl. zu diesem Problemkreis etwa Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1032 f. Die hiermit im Zusammenhang stehenden Fragen, insbes. ob u. ggf. unter welchen Vor. solche Aktionen zur Rechtswidrigkeit des ganzen Arbeitskampfes führen, spielen in dieser Untersuchung keine Rolle.

1360 Da sich nach der hier vertretenen Auffassung die verfassungsrechtliche Gewährleistung des rechtmäßigen Arbeitskampfes unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ergibt, bedarf es keiner Untersuchung bzw. Entscheidung mehr, welcher Rang dem Richterrecht zum Arbeitskampfrecht zukommt, da die diesbezügliche Rechtsprechung insbes. des BAG verfassungskonform ist. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß die hier abgeleitete Folgerung im Ergebnis mit der h.M. übereinstimmt, die bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen ebenfalls das Eintreten der Rechtsfolgen des Deliktsrechts verneint, vgl. statt vieler Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 164. Die dogmatische Begründung für dieses Ergebnis ist jedoch umstr., dazu etwa die Hinweise bei Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 214. Der hier vertretene verfassungsrechtliche Ansatz ist bisher soweit ersichtlich noch nicht zur Begründung herangezogen worden. Zu den schuldrechtsdogmatischen Folgen dieser Sichtweise die Hinweise unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, III., 4.

beteiligter Dritter im Grundsatz mit dem Eintreten schuldrechtlicher Sanktionen sein Bewenden.

Hinsichtlich des Eintritts derjenigen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in einer privatautonomen Vereinbarung haben, kann die Rangfrage dagegen nicht auf diesem einfachen Weg gelöst werden. Vielmehr bedarf es einer Untersuchung, auf welcher Ebene diese Rechtsfolgen in der Hierarchie der Rechtsquellen, insbes. in welcher Beziehung sie zum GG stehen. Da die Privatautonomie das wesentliche Unterscheidungskriterium zu den gesetzlichen Rechtsfolgen darstellt, liegt es nahe, dieses Institut als Ansatzpunkt für diese Untersuchung heranzuziehen.

2. Stellung der Privatautonomie in der Rechtsordnung

Unter "Privatautonomie" versteht man allgemein dasjenige Rechtsprinzip, das es dem einzelnen ermöglicht, seine Rechtsbeziehungen zu anderen nach eigenem Willen unabh. von äußeren Einflüssen zu regeln.[1361] Die Privatautonomie ist damit als Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen anzusehen.[1362] Sie ist bereits im 19. Jhdt. zu einem beherrschenden Grundsatz des deutschen Privatrechts geworden[1363] u. wird vom GG als ein der Rechtsordnung vorgegebener Wert anerkannt.[1364]

Zwischen Privatautonomie u. Rechtsordnung besteht eine wechselseitige Abhängigkeit. Diese bestimmt grundsätzlich Form u. Inhalt der privatautonom zu regelnden Rechtsverhältnisse u. verhilft diesen Regelungen

---

1361 Vgl. etwa Flume, FS Deutscher Juristentag, S. 136; Hönn, Jura 84, S. 57; Richardi, Kollektivgewalt, S. 35; Walek, Privatautonomie, S. 1.

1362 Vgl. Esser, Schuldrecht AT 4. Aufl., S. 82; Flume wie Fn. 1361; Hönn wie Fn. 1361, S. 59; ähnl. auch BVerfG v. 14.4.59, BVerfGE 9, S. 249.

1363 Vgl. Richardi wie Fn. 1361, S. 36. Zur geschichtlichen Entwicklung von Privatautonomie u. Vertragsfreiheit näher Raiser, JZ 58, S. 1 ff.

1364 Vgl. Flume, FS Deutscher Juristentag, S. 136; ders., Bürgerliches Recht, S. 1 m.w.N. in Fn. 1.

auch zur rechtlichen Wirksamkeit.[1365] Daraus folgt, daß der einzelne grundsätzlich nur innerhalb der von der Rechtsordnung vorgegebenen Typen rechtswirksam handeln kann.[1366] Auch wenn ihm gleichwohl allein die Entscheidung verbleibt, ob u. mit wem er rechtliche Beziehungen eingehen will[1367], wird deutlich, daß die gerade skizzierte Beziehung zwischen Privatautonomie u. Rechtsordnung bereits zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der Privatautonomie führt.[1368]

Als das wohl wichtigste Mittel zur Ausfüllung des aufgrund der Privatautonomie zur Verfügung stehenden rechtlichen Handlungsspielraums ist der Vertrag[1369] mit seinen verschiedenen Erscheinungsformen anzuse-

---

1365 Vgl. Flume, FS Deutscher Juristentag, S. 137; ders., Bürgerliches Recht, S. 1 f.; zust. Hönn, Jura 84, S. 57. Eine andere Begründung für die rechtliche Anerkennung der Privatautonomie, insbes. der Vertragsfreiheit, gibt die Lehre von der materiellen Richtigkeitsgewähr des Vertrages, dazu näher Schmidt-Rimpler, AcP 147, insbes. S. 132 ff.; ders., FS für Nipperdey 1955, insbes. S. 5 ff. Danach werde die Privatautonomie deshalb anerkannt, weil der Vertrag eine "materielle Richtigkeitsgewähr" in sich trage. Dieser Ansatz hat sich jedoch nicht durchsetzen können, so daß hier auf eine nähere Diskussion verzichtet werden kann.

1366 So ausdrücklich Flume, Bürgerliches Recht, S. 2.

1367 Bei diesem Phänomen handelt es sich um den Grundsatz der Abschlußfreiheit, dazu noch unten unter 3., a, (S. 398). Dieser Grundsatz gilt zwar ebenfalls nicht mehr absolut, die v.a. zu nennenden Einschränkungen aufgrund Kontrahierungszwanges (dazu ausf. etwa Larenz, Schuldrecht AT, S. 41 ff.) können hier aber unberücksichtigt bleiben.

1368 Wenn nämlich die Rechtsordnung grundsätzlich nur solchen privatautonomen Vereinbarungen, die sich des jeweiligen numerus clausus der Aktstypen (= Rechtsgeschäfte) bedienen, die rechtliche Anerkennung verleiht - so deutlich z.B. Flume, Bürgerliches Recht, S. 2; ähnl. Larenz, BGB AT, S. 473 -, dann kann dies nichts anderes bedeuten, als daß sich die potentiellen Partner privatautonomer Vereinbarungen dieser Aktstypen zu bedienen haben, wenn sie sich auf den Schutz bzw. auf die Anerkennung durch die Rechtsordnung berufen wollen. Dies gilt grundsätzlich trotz der dort bestehenden weitgehenden Typenfreiheit auch für das hier im Blickpunkt stehende Schuldrecht.

1369 Vertragsfreiheit als wichtigster Ausfluß der Privatautonomie, so etwa Flume wie Fn. 1368, S. 7; Hönn, Jura 84, S. 57; Larenz, Schuldrecht AT, S. 41; MünchKomm/Kramer, BGB, Vor § 145, Rdnr. 8.

hen.[1370] Eine bisweilen vorgenommene weitgehende Gleichsetzung von Privatautonomie u. Vertragsfreiheit ist zwar nicht statthaft, da es auch privatautonome Akte gibt, die nicht zweier inhaltlich übereinstimmender WE bedürfen u. daher nicht als Verträge zu qualifizieren sind.[1371] Dennoch kann hier im folgenden eine Reduzierung auf die Vertragsfreiheit als eine bestimmte Erscheinungsform privatautonomen Handelns vorgenommen werden, da die allein noch näher zu betrachtenden Rechtsfolgen bzw. Ansprüche, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, den wirksamen Abschluß eines schuld- bzw. handelsrechtlichen Vertrages voraussetzen.[1372]

3. Bedeutung der Vertragsfreiheit für das Rangverhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

a) Begriff und Inhalt der Vertragsfreiheit

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit hat innerhalb des Schuldrechts durch § 305 BGB ausdrücklich Anerkennung gefunden.[1373] Man kann die Vertragsfreiheit allgemein umschreiben als die Möglichkeit, durch mehrseitiges, insbes. zweiseitiges Rechtsgeschäft Rechte u. Pflichten rechtsverbindlich festzulegen.[1374]

1370 Von den verschiedenen von der Rechtsordnung anerkannten privatrechtlichen Vertragsformen (sachenrechtliche, familienrechtliche, erbrechtliche, gesellschaftsrechtliche etc.) sind in dieser Arbeit nur diverse schuld- u. handelsrechtliche Verträge (vgl. im einzelnen bereits oben 2. Teil, S. 65 f.) von Bedeutung. Neben diesen individuellen zählen auch kollektive Verträge, wie insbes. TV, zu den privatautonomen Gestaltungsformen, vgl. etwa Müller, AuR 85, S. 41 f.

1371 Vgl. etwa die Hinweise auf einseitige privatautonome Akte bei Hönn, Jura 84, S. 58 sowie Richardi, Kollektivgewalt, S. 36 f. u. S. 40 f.

1372 Die hier allein noch näher zu betrachtenden privatautonom gestalteten sowie die Rechtsfolgen aufgrund privatautonomer Gestaltung setzen zwei inhaltlich übereinstimmende WE voraus.

1373 Vgl. etwa Hönn, Jura 84, S. 58; Vollkommer in Jauernig, BGB, § 305, Anm. 2; MünchKomm/Söllner, BGB, § 305, Rdnr. 1.

1374 So umschrieben von Larenz, Schuldrecht AT, S. 40 f.; Walek, Privatautonomie, S. 3 u. S. 4.

Für das Verständnis der hier allein weiter zu verfolgenden Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des Schuldrechts sind v.a. die Grundsätze der Abschluß- u. Gestaltungsfreiheit bedeutsam.[1375] Die Abschlußfreiheit beinhaltet v.a. das Recht derjenigen, denen die Offerte eines anderen zugeht, diese nicht anzunehmen.[1376,1377] Der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit besagt, daß die Parteien bei der Bestimmung des Inhalts von Verträgen grundsätzlich frei sind.[1378] Da innerhalb des Schuldrechts weitgehende Typenfreiheit besteht[1379], sind die potentiellen Vertragsparteien insbes. nicht gezwungen, auf die im BT des Schuldrechts (§§ 433 ff. BGB) geregelten Vertragstypen zurückzugreifen.

b) Schranken der Vertragsfreiheit

Aus der Beziehung zwischen Privatautonomie u. Rechtsordnung[1380] einerseits sowie zwischen Privatautonomie u. Vertragsfreiheit andererseits ergibt sich, daß auch im Schuldrecht die Gestaltungsfreiheit von vornherein - ohne auf die Besonderheiten innerhalb einzelner Teilrechtsgebiete eingehen zu müssen - nicht schrankenlos sein kann. Hinsichtlich der möglichen Einschränkungen kann m.E. zwischen einfachgesetzlichen u. verfassungsrechtlichen Schranken unterschieden werden.[1381]

1375 Vgl. etwa Blomeyer, Schuldrecht, S. 74; Fikentscher, Schuldrecht, S. 72; Flume, Bürgerliches Recht, S. 12; Larenz wie Fn. 1374, S. 41; MünchKomm/Kramer, BGB, Vor § 145, Rdnr. 8. Differenzierter Walek wie Fn. 1374, S. 3.

1376 Vgl. statt vieler Fikentscher wie Fn. 1375; Larenz wie Fn. 1374, S. 41.

1377 Zu den Ausnahmen von diesem Grundsatz (Kontrahierungszwang) bereits die Hinweise oben in Fn. 1367.

1378 Vgl. statt vieler Fikentscher wie Fn. 1375, S. 73; Larenz wie Fn. 1374, S. 41.

1379 Vgl. z.B. Flume wie Fn. 1375. Zu den Einschränkungen dieses Grundsatzes v.a. im Miet- u. Arbeitsrecht unter Hinweis auf spezielle Vorschriften etwa Hönn, Jura 84, S. 64 f. Zu Einschränkungen bei der Übertragung schuldrechtlicher Forderungen bzw. Verpflichtungen Flume wie oben, S. 13.

1380 Dazu schon oben unter 2. (S. 395 f.).

1381 Wie hier im Ergebnis Larenz, Schuldrecht AT, S. 41 ff.; wohl auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 73 ff. (unter Hinweis auf wichtige einfachgesetzliche Einschränkungen der Inhaltsfreiheit).

Als die wesentlichen allgemeinen einfachgesetzlichen Schranken der Gestaltungsfreiheit sind in dieser Arbeit v.a. die §§ 134, 138, 242, 315[1382] BGB sowie das AGBG, insbes. die Vorschriften zur Inhaltskontrolle von AGB (§ 9-11 AGBG) anzusehen.[1383,1384] Diese Vorschriften sind selbstverständlicher Ausdruck dessen, daß die Gestaltungsfreiheit dann nicht uneingeschränkt bestehen kann, wenn zwischen den Parteien kein annäherndes relatives Machtgleichgewicht auf den beiden Dimensionen der wirtschaftlichen u. intellektuellen Äquivalenz besteht[1385] oder wenn gegen zwingende Wertungen der Rechtsordnung verstoßen wird.

Wichtiger als diese diversen einfachgesetzlichen Schranken sind an dieser Stelle mögliche verfassungsrechtliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit. Würde nämlich auf der verfassungsrechtlichen Ebene eine Kollisionslage zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht bestehen, könnten verfassungsrechtliche Schranken der jeweiligen Gewährleistungen möglicherweise zur Lösung dieser Kollision einen wesentlichen Beitrag leisten. Bevor darauf eingegangen werden kann, bedarf es jedoch vorab der Untersuchung, ob die Vertragsfreiheit überhaupt eine verfassungsrechtliche Dimension aufweist. Andernfalls könnte die hier im Mittelpunkt stehende Rangfrage ebenso wie im Falle der gesetzlichen Rechtsfolgen ebenfalls unproblematisch unter Heranziehung des Grundsatzes vom Vorrang der Verfassung gelöst werden.[1386]

1382 Zur Bedeutung dieser Schranken nur MünchKomm/Kramer, BGB, Vor § 145, Rdnr. 16.

1383 Zur Einschränkung der Gestaltungsfreiheit durch die Inhaltskontrolle von AGB Hönn, Jura 84, S. 66; MünchKomm/Kramer wie Fn. 1382.

1384 Auf die spezielle Problematik der Vereinbarkeit von Arbeitskampfklauseln in schuld- u. handelsrechtlichen Verträgen mit §§ 9-11 AGBG wird noch näher in anderem Zusammenhang (unten 4. Teil, 2. Kap., § 2, III., 1.) hingewiesen.

1385 So anschaulich MünchKomm/Kramer, BGB, Vor § 145, Rdnr. 3.

1386 Dazu bereits oben unter 1. (S. 393 ff.).

c) Vertragsfreiheit und GG

aa) Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch das GG

Art. 152 Abs. 1 WRV[1387] sowie die Verfassungen einzelner Bundesländer[1388] enthalten eine ausdrückliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit. Im Gegensatz zu diesen Rechtsquellen hat die Vertragsfreiheit im GG keine ausdrückliche Erwähnung gefunden.[1389] Trotz dieser insoweit unterschiedlichen Ausgangslage geht die heute h.M. davon aus, daß auch das GG der Vertragsfreiheit nicht indifferent gegenüberstehe.[1390] Dies sei insbes. deshalb anzunehmen, da dieses Prinzip un-

---

1387 Die Vertragsfreiheit stand jedoch - wie die meisten Gewährleistungen der WRV - weitgehend zur Disposition des einfachen Gesetzgebers, da zum Gesetzesvorbehalt dieser Verfassungsnorm alle Rechtsnormen gezählt wurden, vgl. Anschütz, WRV, Art. 152, Anm. 1; zum Umfang dieses Gesetzesvorbehalts auch Raiser, JZ 58, S. 5.

1388 Vgl. dazu den Hinweis von Laufke, FS für Lehmann, S. 145.

1389 Vgl. z.B. BVerwG v. 18.2.55, BVerwGE 1, S. 323; OLG Karlsruhe v. 21.12.55, NJW 56, S. 918 f.; Flume, FS Deutscher Juristentag, S. 139; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 661; Laufke wie Fn. 1388; Raiser, JZ 58, S. 1; Strauß, FS für Böhm, S. 613; Weber, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte II., S. 358.

1390 Für eine Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch das GG treten im Ergebnis u.a. ein: BVerfG v. 12.11.58, BVerGE 8, S. 328; BVerfG v. 16.5.61, BVerfGE 12, S. 347; BVerfG v. 28.1.69, BVerfGE 25, S. 407; BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. 1. d.G.; BAG v. 11.2.60, AP Nr. 20 zu Art. 12 GG, unter 1. d.G.; BVerwG v. 18.2.55, BVerwGE 1, S. 323; BVerwG v. 20.5.55, BVerwGE 2, S. 115; BVerwG v. 20.5.55, BVerwGE 2, S. 120; BVerwG v. 24.5.56, BVerwGE 3, S. 304; BVerwG v. 4.7.56, BVerwGE 4, S. 31; Degener, Fragerecht, S. 41 u. S. 60; Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 53; Fikentscher, Wettbewerb, S. 80; ders., Schuldrecht, S. 70; Flume, FS Deutscher Juristentag, S. 139; ders., Bürgerliches Recht, S. 19; Gaede, Neueinstellung von Arbeitnehmern, S. 6 ff.; Hamann/Lenz, GG, Art. 2, Anm. B. 2. d,; Larenz, Schuldrecht AT, S. 58; Laufke, FS für Lehmann, S. 162; Leisner, Grundrechte, S. 325; Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 173; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 20; Nipperdey, Marktwirtschaft, S. 43; ders., in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 762 u. S. 886 f.; Raiser, JZ 58, S. 5; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rdnr. 14; Schmidt-Salzer, NJW 70, S. 10; Walek, Privatautonomie, S. 2; Wintrich, FS für Apelt, S. 6; wohl auch Hönn, Jura 74, S. 60; Raiser, Aussperrung, S. 65. A.A. Roscher, Vertragsfreiheit, S. 46 ff.; wohl auch Huber, Bedeutung der Vertragsfreiheit, S. 19 ff., insbes. S. 21; zur Gegenmeinung ferner die Nachw. bei Laufke, FS für Lehmann, S. 145 Fn. 3.

trennbarer Bestandteil einer freiheitlichen Wirtschaftsverfassung sei u. somit dem Verfassungsgeber kein gewollter Rückschritt hinter den im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GG bestehenden Rechtszustand unterstellt werden könne.[1391]

Z.T. wird hinsichtlich der konkreten Rechtsgrundlage einer Verankerung der Vertragsfreiheit nach verschiedenen Vertragsformen differenziert. Für dingliche u. erbrechtliche Verträge wird Art. 14 GG als einschlägig angesehen. Gesellschaftsrechtliche Verträge sollen unter Art. 9 Abs. 1 GG fallen. Familienrechtliche Verträge werden Art. 6 Abs. 1 GG zugeordnet u. für arbeitsrechtliche Verträge soll Art. 12 Abs. 1 GG die zutr. Norm sein.[1392] Für diese Vertragsformen wäre somit ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG wegen des Spezialitätsverhältnisses dieser Vorschrift gegenüber den genannten speziellen Freiheitsrechten von vornherein ausgeschlossen.[1393] Ob diesem diff. Ansatz zu folgen ist, kann hier offen bleiben, da - wie bereits klargestellt wurde[1394] - in dieser Untersuchung nur diverse schuld- u. handelsrechtliche Vertragsformen von Bedeutung sind. Diese werden heute nahezu einhellig mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung gebracht.[1395]

Die h.M. interpretiert den dort erwähnten Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit unter Hinweis auf Wortlaut u. Entstehungsgeschichte dieser GG-Norm als Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit,

---

1391 So im Ergebnis etwa Flume, FS Deutscher Juristentag, S. 139; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 661.

1392 Vgl. dazu z.B. Dürig wie Fn. 1390; Laufke, FS für Lehmann, S. 162 f.; Weber, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner, Grundrechte II., S. 358 (Einschluß der Vertragsfreiheit in die Eigentumsgarantie); z.T. abw. Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 886 f. Fn. 594 m.w.N.; krit. auch Huber, Bedeutung der Vertragsfreiheit, S. 9 f.; vgl. auch Roscher wie Fn. 1390, S. 46 Fn. 21.

1393 Zum Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zu Art. 2 Abs. 2 ff. GG bereits in anderem Zusammenhang oben unter I. (S. 253 f.).

1394 Vgl. dazu schon den Hinweis oben 2. Teil (S. 65 f.).

1395 So deutlich etwa Laufke, FS für Lehmann, S. 163; Schmidt-Salzer, NJW 70, S. 10; wohl auch Rüthers, JurA 70, S. 104.

d.h. als umfassende Garantie der Freiheit zum Handeln in allen Lebensbereichen.[1396] Art. 2 Abs. 1 GG hat somit nicht nur den ideellen u. kulturellen Lebensbereich zum Gegenstand[1397], sondern umfaßt auch die wirtschaftliche Tätigkeit des Menschen.[1398] Daher ist es m.E. nur konsequent, wenn u.a. die Werbe-, Wettbewerbs-, Konsum-, Preis- u. Vertragsfreiheit als unter den Schutz von Art. 2 Abs. 1 GG fallend angesehen werden.[1399] In allen diesen Bereichen wird als Pendant zur allgemeinen Handlungsfreiheit auch die allgemeine Unterlassungsfreiheit gewährleistet.[1400]

Die dagegen von ROSCHER[1401] vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Insbes. steht einer Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch das GG nicht entgegen, daß zur Bestimmung ihres konkreten Inhalts auf das unterverfassungsrechtliche Gesetzesrecht, d.h. insbes. auf das BGB zurückgegriffen werden muß, da die wesentlichen zum Vertrag zu zählen-

---

1396 Vgl. Fikentscher, Schuldrecht, S. 70; Laufke wie Fn. 1395, S. 161 f.; Merten, JuS 76, S. 345 f.; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 18; Nipperdey, Marktwirtschaft, S. 28; Scholz, DB 79 (Beilage 10), S. 15; Schulz-Schaeffer, Freiheitssatz, S. 35 ff.; Wintrich, FS für Apelt, S. 4; ausf. Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 770 ff.; aus der Rechtsprechung etwa BVerfG v. 16.1.57, BVerfGE 6, S. 36 f., seither ständige Rechtsprechung, vgl. dazu im einzelnen die Nachw. bei Scholz, AöR 100, S. 87 Fn. 49.

1397 So aber die v.a. von Peters entwickelte u. vertretene sog. Persönlichkeitskerntheorie, wonach nur die Handlungsfreiheit im persönlichen Sinn den Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG genießen soll. Vgl. zu diesem Ansatz näher insbes. Peters, Recht auf freie Entfaltung, S. 15 ff. u. S. 47 ff.; diese Theorie hat sich nicht durchsetzen können.

1398 So deutlich etwa Laufke wie Fn. 1395, S. 161 f.; Müller, DB 84, S. 2693; Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 775 f. u. S. 876 f.; Wintrich wie Fn. 1396.

1399 Vgl. dazu im einzelnen Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 661; Nipperdey, Marktwirtschaft, S. 29 ff.; ders., in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 877 ff.

1400 Vgl. zu diesem Aspekt Merten, JuS 76, S. 346 (unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte). Auch dies stellt keine Besonderheit von Art. 2 Abs. 1 GG dar, da die negative Gewährleistungskomponente auch bei anderen Grundrechtsnormen anerkannt ist (vgl. dazu bereits das Beispiel der Gewährleistung der negativen Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG oben unter I., S. 264 f.).

1401 Vgl. Roscher, Vertragsfreiheit, S. 46 ff.

den Modalitäten dort ihre nähere Regelung gefunden haben. Bei der Untersuchung der Gewährleistung des Arbeitskampfes bzw. des Arbeitskampfrechts wurde ebenfalls bereits auf diese wichtige Beziehung von Verfassungsrecht u. unterverfassungsrechtlichen Rechtsnormen hingewiesen[1402], was einer grundsätzlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nach der hier vertretenen Auffassung aber keinesfalls entgegensteht. ROSCHER ignoriert in diesem Zusammenhang m.E. auch weitgehend, daß die derzeit v.a. durch das BGB konkretisierte Ausgestaltung der Vertragsfreiheit keinesfalls vollständig gesetzesfest ist, sondern insbes. wegen der Weite von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG[1403] einer sehr weitgehenden Disposition des einfachen Gesetzgebers unterliegt. Daher kann die von ihm aufgestellte Behauptung, der Grundsatz vom Vorrang der Verfassung werde durch eine einfache Begriffsübernahme umgangen[1404], nicht geteilt werden. Wenn sich ROSCHER einerseits zutr. gegen die Gleichsetzung von Selbstbestimmung im wirtschaftlichen Bereich - diese sieht er als durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet an - u. Vertragsfreiheit wendet[1405], so muß er sich fragen lassen, welchen Wert diese Selbstbestimmung noch haben kann, wenn man das vielleicht wichtigste Gestaltungsmittel dieser Selbstbestimmung - den Vertrag - aus dem Gewährleistungsbereich ausklammert. Kann daher grundsätzlich von der Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG ausgegangen werden, so bleiben noch Inhalt u. Grenzen dieser Gewährleistung zu untersuchen.

bb) Inhalt und Grenzen der Gewährleistung der Vertragsfreiheit

Insbes. wegen des insoweit eindeutigen Wortlauts von Art. 1 Abs. 3 GG kann der Grundrechtscharakter von Art. 2 Abs. 1 GG nicht mehr überzeu-

---

1402 Oben unter I. (z.B. S. 276 ff.).

1403 Dazu gleich noch näher unter bb,.

1404 Vgl. Roscher wie Fn. 1401, S. 46 f.

1405 So Roscher wie Fn. 1401, S. 56.

gend bestritten werden.[1406] Daher kann m.E. ohne Bedenken ein subjektiv-öffentliches Recht auf die Freiheit zum Vertragsschluß sowie zur inhaltlichen Gestaltung von Verträgen abgeleitet werden.[1407] Auch die Sichtweise, die die Vertragsfreiheit - konsequenterweise wohl zusätzlich - als Einrichtungsgarantie geschützt ansieht[1408], steht mit allgemeinen Grundsätzen der Systematik des Grundrechtsteils des GG im Einklang[1409] u. ist daher m.E. zu billigen. Demgegenüber muß die z.T. vertretene Auffassung, Art. 2 Abs. 1 GG enthalte auch ein absolut wirkendes Privatrecht[1410], abgelehnt werden. Vor. hierfür wäre die unmittelbare Drittwirkung dieser Norm. Hierfür bieten weder Wortlaut[1411] noch Entstehungsgeschichte[1412] hinreichende Anhaltspunkte.[1413]

1406 Vgl. dazu etwa Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 5; Fikentscher, Schuldrecht, S. 70; Hesse, Bindung des Gesetzgebers, S. 49; Laufke, FS für Lehmann, S. 158 f.; Müller, DB 84, S. 2693; ausf. Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 742 ff.; Schulz-Schaeffer, Freiheitssatz, S. 31. Aus der ständigen Rechtsprechung des BVerfG z.B. BVerfG v. 3.10.51, BVerfGE 1, S. 8; BVerfG v. 3.12.58, BVerfGE 9, S. 12; BVerfG v. 11.10.60, BVerfGE 11, S. 328; ferner BAG v. 11.2.60, AP Nr. 20 zu Art. 12 GG, unter 1. d.G.; OLG Karlsruhe v. 21.12.55, NJW 56, S. 919. Zur - heute nicht mehr vertretenen - Gegenmeinung die Nachw. bei Merten, JuS 76, S. 345 Fn. 4.

1407 Zum Charakter der Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte bereits der Hinweis oben unter I. (S. 299).

1408 So wohl z.B. Larenz, Schuldrecht AT, S. 58; a.A. Rüthers, JurA 70, S. 106, der die Vertragsfreiheit offenbar nur als Einrichtungsgarantie geschützt ansieht.

1409 Vgl. dazu die in anderem Zusammenhang (oben § 1, S. 298 f. Fn. 902) behandelte Parallele bei Art. 14 GG: Gewährleistung des Eigentums als Einrichtung und als subjektives Recht = Grundrecht.

1410 So insbes. Leisner, Grundrechte, S. 358 (am Beispiel der Wettbewerbsfreiheit); Nipperdey wie Fn. 1406, S. 747 ff.; wohl auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 71.

1411 Vgl. im Gegensatz dazu insbes. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Zur Anordnung der unmittelbaren Drittwirkung durch diese Vorschrift oben unter I. (S. 300).

1412 Zur Entstehungsgeschichte von Art. 2 Abs. 1 GG näher Hesse, Bindung des Gesetzgebers, S. 30 f. Zur Stützung der Annahme des subjektiv-öffentlichen Charakters von Art. 2 Abs. 1 GG durch die Entstehungsgeschichte Scholz, AöR 100, S. 87.

1413 Es bedarf daher auch an dieser Stelle keiner näheren Auseinandersetzung mit der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte.

Aus diesen allgemeinen Grundlagen ergibt sich nur, daß der einfache Gesetzgeber lediglich die grundsätzliche Entscheidung des GG für eine Privatrechtsordnung zu respektieren hat. Nur diese Frage ist seiner Disposition vollständig entzogen.[1414] Dagegen kann die derzeit bestehende, insbes. durch das BGB konkretisierte Privatrechtsordnung nicht pauschal als mit Verfassungsrang versehen angesehen werden.[1415] Dieser Gesichtspunkt ist allerdings - ebenso wie im Falle des Arbeitskampfsystems - in dieser Untersuchung deshalb von nur untergeordneter Bedeutung, da auch insoweit vom derzeit bestehenden Zustand ausgegangen werden muß. Unabh. davon wird man m.E. die als Sanktion für Vertragsverletzungen vorgesehenen Rechtsfolgen im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit von Privatautonomie u. Vertragsfreiheit als derart elementar ansehen müssen, daß sie jedenfalls nicht ersatzlos gestrichen werden können[1416] u. daher in diesem zentralen Punkt kein Dispositionsspielraum des einfachen Gesetzgebers angenommen werden kann.

Wie alle grundgesetzlichen Gewährleistungen kann aber auch die Vertragsfreiheit von vornherein nicht als schrankenlos garantiert angesehen werden. Bezüglich ihrer Beschränkungen kommt primär den in Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG genannten Schranken zentrale Bedeutung zu.[1417] Dies-

---

1414 Vgl. Flume, FS Deutscher Juristentag, S. 138 f.; ders., Bürgerliches Recht, S. 18 f.

1415 Daher wäre es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn im Rahmen der geplanten Reform des Schuldrechts größere Veränderungen des derzeit bestehenden Systems vorgenommen werden würden.

1416 Dies kann damit begründet werden, daß jedenfalls Abschluß- u. Gestaltungsfreiheit als für eine Privatrechtsordnung derart elementar angesehen werden müssen, daß sie nicht ersatzlos abgeschafft werden können. Wenn aber somit die Möglichkeit zur autonomen Eingehung von vertraglichen Bindungen gewährleistet wird, dann müssen auch abgestufte Sanktionsmittel für mögliche eintretende Verletzungen von vertraglichen Pflichten vorgesehen werden. Dabei muß es sich - ähnl. wie im Falle der einzelnen A[illegible]pfformen - nicht von vornherein um das derzeit in Kraft befindliche, aktuelle System handeln. Da zukünftige Entwicklungen aber nicht zuverlässig prognostizierbar sind, muß in dieser Untersuchung vom aktuellen System ausgegangen werden.

1417 Vgl. etwa BVerwG v. 24.5.56, BVerwGE 3, S. 304; BVerwG v. 4.7.56, BVerwGE 4, S. 31; Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 54; Fikentscher, Schuldrecht, S. 70; Laufke, FS für Lehmann, S. 169; Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 888. Grundsätzlich auch BVerfG v. 14.10.70, BVerfGE 29, S. 235

bezüglich sind hier wiederum nur die Schranke der Rechte anderer sowie diejenige der verfassungsmäßigen Ordnung von Bedeutung.[1418] Unter Berücksichtigung der Ausführungen zur Frage der entsprechenden Anwendung von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG auf das Recht auf kampfweise Betätigung[1419] genügen hier einige Ergänzungen bzw. Klarstellungen.

Zu den Rechten anderer zählen neben den bereits erwähnten Individualrechten Dritter unstr. auch die Grundrechte dieser Personen[1420], d.h. nach der hier vertretenen Auffassung auch das Recht auf kampfweise Betätigung, soweit es sich um rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen handelt.[1421] Hinsichtlich des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung besteht im Schrifttum nur insoweit Übereinstimmung, als dieser Terminus innerhalb des GG an verschiedenen Stellen Verwendung findet.[1422] Die wohl überwiegende Auffassung innerhalb der Lehre zieht daraus den Schluß, dieser Begriff könne nicht überall denselben Inhalt

---

(weiter Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers im sozial- u. gesellschaftspolitischen Bereich im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG).

1418 Auf eine nähere Behandlung der Schranke des Sittengesetzes kann hier verzichtet werden, da die mögliche Sittenwidrigkeit der hier interessierenden Verträge wohl nur ausnahmsweise in Betracht kommen wird u. außerdem nur bei einer Einzelfallprüfung konkret feststellbar wäre.

1419 Vgl. im einzelnen oben unter I. (S. 371 f.).

1420 Vgl. z.B. Larenz, Schuldrecht AT, S. 60; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 25; Scholz, AöR 100, S. 283 (keine Ausübung von Grundrechten zu Lasten anderer Grundrechte) mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BVerfG in Fn. 466.

1421 Diesen Gesichtspunkt übersieht Fikentscher Schuldrecht, S. 71 f., wenn er die Relevanz der Schranke der Rechte anderer für die Vertragsfreiheit mit der Begründung ablehnt, Verträge wirkten nur zwischen den jeweiligen Vertragsparteien, so daß Rechte Dritter nicht beeinträchtigt werden könnten. Wäre dies richtig, könnte insbes. die hier bereits mehrfach angesprochene Kollision zwischen der Verpflichtung zur Vertragserfüllung u. dem Recht zur Führung eines Arbeitskampfes in einer Person niemals eintreten.

1422 Vgl. außer Art. 2 Abs. 1 2. HS. noch Art. 9 Abs. 2, 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 u. Abs. 3, 98 Abs. 2 GG.

haben.[1423] Z.T. werden auch diff. Lösungen vertreten.[1424,1425] Im Gegensatz dazu steht allerdings die Auslegung dieses Begriffs durch das BVerfG. Zwar hat dessen erstmals im sog. Lüth-Urteil vertretene Sichtweise, verfassungsmäßige Ordnung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG bedeute die Gesamtheit der formell u. materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen[1426], in vielen Stellungnahmen z.T. massive Kritik erfahren;[1427] das BVerfG hat aber in ständiger Rechtsprechung an dieser Interpretation festgehalten.[1428] Für diese Auffassung spricht m.E. v.a., daß die weite Interpretation der freien Entfaltung der Persönlichkeit als allgemeine Handlungsfreiheit auch eine entsprechend weitere Ziehung der Schranken zur Folge haben muß.[1429] Selbst wenn man dem BVerfG nicht folgen wollte, wird man neben den Grundrechten des GG diejenigen Vorschriften, die der Konkretisierung grundlegender Verfassungs- u. Rechtsprinzipien dienen, zur verfassungsmäßigen Ordnung zählen müssen.[1430] Damit fällt auch das durch Art. 9 Abs. 3 S.

1423 Vgl. etwa Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 17; Laufke, FS für Lehmann, S. 172 f.; von Mangoldt/Klein, GG, Art. 2, Anm. IV. 2. b, (S. 182 f.); wohl auch Schulz-Schaeffer, Freiheitssatz, S. 69; ebenso BVerfG v. 16.1.57, BVerfGE 6, S. 38.

1424 Vgl. z.B. von Mangoldt/Klein wie Fn. 1423, Anm. IV. 2. a, (S. 182).

1425 Zu den verschiedenen Versuchen, diesen Begriff zu umschreiben, der Überblick bei Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 803 f.

1426 Vgl. BVerfG v. 16.1.57, BVerfGE 6, S. 37 f.

1427 Vgl. z.B. ausf. Nipperdey wie Fn. 1425, S. 791 ff. m.w.N. in Fn. 242; Schulz-Schaeffer, Freiheitssatz, S. 70 f.

1428 Vgl. dazu die ausführlichen Nachw. bei Scholz, AöR 100, S. 88 Fn. 59. Zust. z.B. Maunz/Zippelius, Staatsrecht, S. 174; Müller, DB 84, S. 2693; Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 2, Rdnr. 9. Vgl. auch BAG v. 28.11.58, AP Nr. 3 zu Art. 6 Abs. 1 GG "Ehe und Familie", unter II. d.G. (Arbeitsschutzgesetze als Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung).

1429 So zutr. etwa Merten, JuS 76, S. 346.

1430 Andernfalls käme man zu dem wohl nicht haltbaren Ergebnis, daß die allgemeine Handlungsfreiheit geringeren Einschränkungen unterliegt als etwa die Vereinigungs- u. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 bzw. Abs. 3 GG), da zur verfassungsmäßigen Ordnung i.S.v. Art. 9 Abs. 2 GG auch die Grundprinzipien der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu zählen sind. Dies kann deshalb nicht

1 GG gewährleistete Recht auf kampfweise Betätigung darunter.[1431] Die Befugnisse des einfachen Gesetzgebers zur Einschränkung der Vertragsfreiheit finden ihre Grenze an der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG sowie am verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[1432], was bei der Weite der möglichen gesetzlichen Einschränkungen wohl nicht nur von theoretischem Interesse ist.

Teilweise wird behauptet, für die schuldrechtliche Vertragsfreiheit existiere kein allgemeiner Gesetzesvorbehalt.[1433] Zwar trifft es in diesem Zusammenhang zu, daß Art. 12 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 1 S. 2 GG, die beide einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt enthalten, nur auf die jeweiligen oben erwähnten Vertragsformen[1434], nicht aber - auch nicht entsprechend - auf Art. 2 Abs. 1 GG anwendbar sind.[1435]

---

richtig sein, da Art. 9 Abs. 1 u. Abs. 3 GG - wie gleich noch gezeigt werden soll - im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 1 GG keine Gesetzesvorbehalte enthalten u. daher konsequenterweise auch nicht derartigen Einschränkungen unterliegen können.

1431 Dabei ist es im Übrigen unerheblich, ob man mit der hier vertretenen Auffassung das Recht auf kampfweise Betätigung als Grundrecht ausgestaltet ansieht oder den Arbeitskampf nur als Einrichtungsgarantie gewährleisten will.

1432 So zutr. etwa BVerwG v. 20.5.55, BVerwGE 2, S. 116; BVerwG v. 20.5.55, BVerwGE 2, S. 120; BVerwG v. 4.7.56, BVerwGE 4, S. 35; Merten, JuS 76, S. 346 (Wesensgehalt als Schranken-Schranke der allgemeinen Handlungsfreiheit); zust. von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 32; auch OLG Karlsruhe v. 21.12.55, NJW 56, S. 919. Zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den einfachen Gesetzgeber im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG auch Scholz, DB 79 (Beilage 10), S. 15. Dies hat wiederum Bedeutung für die an dieser Stelle im Mittelpunkt stehenden Rechtsfolgen. Sieht man diese mit der hier vertretenen Auffassung als für die Funktionsfähigkeit einer privatautonomen Ordnung elementar an, so müssen sie der Disposition des einfachen Gesetzgebers jedenfalls im Grundsatz entzogen sein. Die Frage nach möglichen arbeitskampfbedingten Einschränkungen des Eintretens dieser Rechtsfolgen wird somit auf die Verfassungsebene transformiert. Mögliche Kollisionen zwischen gewährleisteten Rechten müssen also primär auf dieser Ebene entschieden werden.

1433 So Fikentscher, Schuldrecht, S. 70; Nipperdey, in: Bettermannn und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 888.

1434 Oben unter aa, (S. 401).

1435 Vgl. Laufke, FS für Lehmann, S. 164; ausf. zu dieser Frage Nipperdey wie Fn. 1433, S. 793 ff. A.A. im Ergebnis BVerfG v. 16.1.57, BVerfGE 6, S. 37 (keine Erforderlichkeit eines Gesetzesvorbehalts wegen der Schranke der verfassungmäßigen Ordnung, aus

Schließt man sich dem BVerfG an, so ist wegen der Weite der verfassungsmäßigen Ordnung im Ergebnis allerdings doch vom Vorliegen eines allgemeinen Gesetzesvorbehalts auszugehen.[1436] Dieser Streit braucht hier aber nicht entschieden zu werden.

Weitere - ungeschriebene - Schranken für die Vertragsfreiheit existieren nicht. Insbes. ist eine in diesem Zusammenhang z.T. behauptete Gemeinwohlbindung[1437] abzulehnen, da v.a. die bereits an anderer Stelle kritisierte inhaltliche Unbestimmtheit[1438] auch hier der Anwendung dieser Formel von vornherein entgegensteht. Außerdem deckt wohl bereits die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung diesen Bereich mit ab, so daß eine zusätzliche Gemeinwohlbindung zu keinen anderen Ergebnissen führt u. daher als überflüssig anzusehen ist.[1439] Ferner sei nochmals daran erinnert, daß auch im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anwendbar ist, der einen sehr viel präziseren Maßstab darstellt als der Gemeinwohlgedanke.[1440]

---

der sich Umfang staatlicher Eingriffsmöglichkeiten ohne weiteres ergibt); ebenso im Ergebnis die Rechtsprechung des BVerwG, vgl. etwa BVerwG v. 18.2.55, BVerwGE 1, S. 324 sowie die Nachw. bei Nipperdey wie oben, S. 801 Fn. 282.

1436 Wenn nämlich zur verfassungsmäßigen Ordnung alle formell u. materiell dem GG entsprechenden Normen gehören, dann muß auch das einfache Gesetzesrecht dazu gezählt werden. Wie hier im Ergebnis Flume, Bürgerliches Recht, S. 19. Noch weitergehend Merten, JuS 76, S. 346, der die allgemeine Handlungsfreiheit - u. damit auch die Vertragsfreiheit - nicht nur unter den Gesetzes-, sondern sogar unter den Rechtsvorbehalt stellen will; zust. von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 31.

1437 Dazu v.a. Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 813 ff. (strenge Gemeinwohlklausel als Grenze der Entfaltungsfreiheit).

1438 Vgl. dazu bereits die Ausführungen oben unter I. (S. 375 ff.).

1439 Insoweit kann im Ergebnis nichts anderes gelten als für die Frage der Einschränkung des Rechts auf kampfweise Betätigung durch eine Bindung an das Gemeinwohl. Der Begriff "verfassungsmäßige Ordnung" in Art. 2 Abs. 1 GG ist, wie bereits festgestellt wurde, noch weiter als derjenige in Art. 9 Abs. 2 GG, so daß eine - zusätzliche - Gemeinwohlbindung erst recht überflüssig wäre.

1440 Zur Beziehung von Verhältnismäßigkeitsgrundsatz u. Gemeinwohlgedanke am Beispiel des Rechts auf kampfweise Betätigung im einzelnen bereits oben unter I. (S. 382 ff.).

cc) Ergebnisse

(1.) Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet grundsätzlich die Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des Schuldrechts.

(2.) Diejenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Vertragsfreiheit haben, sind als Teil des Schuldrechts anzusehen u. haben ebenfalls Verfassungsrang, da sie für die Funktionsfähigkeit der Vertragsfreiheit von elementarer Bedeutung sind u. daher im Grundsatz der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen sein müssen, damit die Vertragsfreiheit nicht ausgehöhlt wird.

(3.) Die Gewährleistung der Vertragsfreiheit findet ihre Schranken nur in Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG.

(4.) Die Befugnisse des unterverfassungsrechtlichen Gesetzgebers zur Einschränkung der Vertragsfreiheit werden durch die Wesensgehaltsgarantie u. den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt.

Damit kann nunmehr festgestellt werden, daß beide hier im Blickpunkt stehenden Teilrechtsgebiete - Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht - insoweit Verfassungsrang u. damit Gleichrang innerhalb der Hierarchie der Rechtsquellen haben, als es einerseits um rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen, andererseits um schuldrechtliche Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Vertragsfreiheit haben, handelt. Die insoweit bestehende Kollisionslage kann daher nicht mehr einfach unter Hinweis auf den Grundsatz vom Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht einer Lösung zugeführt werden.[1441] Es bedarf vielmehr der Abstimmung der beiden insoweit kollidierenden Teilrechtsgebiete bzw. deren Wertungen auf der Verfassungsebene.

1441 Die unproblematische Lösungsmöglichkeit im Falle der Kollision von Arbeitskampfrecht u. den gesetzlichen Rechtsfolgen des Schuldrechts kann somit nicht auf die auf der Privatautonomie beruhenden Rechtsfolgen übertragen werden.

III. Lösung der Kollision von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht auf Verfassungsebene

1. Verfassungssystematisches Verhältnis von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG

Zunächst wäre an das bestehende Spezialitäts- bzw. Subsidiaritätsverhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG u. den speziellen Freiheitsrechten zu denken.[1442] Zu diesen speziellen Freiheitsrechten zählt selbstverständlich auch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Dabei ist aber zu beachten, daß dieses Spezialitätsverhältnis nur im Hinblick auf dasselbe Recht bzw. Rechtsgut besteht. Wird m.a.W. ein bestimmtes Recht oder Rechtsgut bereits vom Anwendungsbereich eines speziellen Freiheitsrechts erfaßt, so ist insoweit ein Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG ausgeschlossen.[1443] Diese Konstellation liegt indessen hier nicht vor. Es handelt sich vielmehr beim Recht auf kampfweise Betätigung u. bei den schuldrechtlichen Ansprüchen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Vertragsfreiheit haben, um zwei verschiedene Rechte, die ihren verfassungsrechtlichen Standort von vornherein in unterschiedlichen GG-Normen haben. Es liegt somit an dieser Stelle kein Fall einer Grundrechtskonkurrenz, sondern vielmehr Grundrechtskollision vor.[1444] Das zwischen Art. 9 Abs. 3 S. 1 u. Art. 2 Abs. 1 GG bestehende Spezialitäts- bzw. Subsidiaritätsverhältnis kann bei dieser Konstellation daher m.E. nicht für die Lösung der bestehenden Kollisions-

---

1442 Vgl. dazu aus der ständigen Rechtsprechung des BVerfG z.B. BVerfG v. 16.1.57, BVerfGE 6, S. 37; BVerfG v. 17.12.58, BVerfGE 9, S. 73; BVerfG v. 22.6.60, BVerfGE 11, S. 238; BVerfG v. 16.5.61, BVerGE 12, S. 347. Ferner Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 6 u. 7; Hesse, Bindung des Gesetzgebers, S. 59 f.; Laufke, FS für Lehmann, S. 159 f.; Merten, JuS 76, S. 347; Schnorr, FS für Molitor, S. 240; Scholz, AöR 100, S. 112 ff.; Wintrich, FS für Apelt, S. 8; ausf. Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 761 ff. Ob es sich bei diesem Konkurrenzverhältnis um Spezialität oder aber um Subsidiarität handelt, kann hier offen bleiben.

1443 Vgl. dazu die Ausführung zur Frage der Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG oder durch Art. 2 Abs. 1 GG in dieser Arbeit oben unter I. (S. 252 ff.). Vgl. auch Dürig wie Fn. 1442, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 8 (lückenfüllende Funktion von Art. 2 Abs. 1 GG).

1444 Zum Inhalt dieser Begriffe sowie zu ihrer Abgrenzung schon oben unter I. (S. 312 f.).

lage zwischen beiden hier im Mittelpunkt stehenden Teilrechtsgebieten fruchtbar gemacht werden.

2. Das Schrankensystem von Art. 2 Abs. 1 GG als Argument zur Begründung eines teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht

Ansatzpunkt für eine Heranziehung von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG zur Lösung des Rangverhältnisses zwischen beiden hier zu behandelnden Teilrechtsgebieten könnte der Hinweis sein, daß die Schrankentrias auch für das Innominatfreiheitsrecht[1445] Vertragsfreiheit anwendbar ist. Geht man weiterhin davon aus, daß das Recht auf kampfweise Betätigung, soweit es sich um rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen handelt, nach der hier vertretenen Auffassung als Grundrecht ausgestaltet ist[1446], so würde zu seinen Gunsten die Schranke der Rechte anderer eingreifen.[1447] Vertritt man darüberhinaus mit dem BVerfG die weite Auslegung des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung[1448], so würde das Arbeitskampfrecht als Teil der verfassungsmäßigen Rechtsordnung - jedenfalls soweit es sich um rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen handelt - auch unter diese Schranke fallen.[1449] Daraus könnte nun gefolgert werden, das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht würde durch die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG zugunsten eines Vorrangs des Arbeitskampfrechts entschieden, soweit es sich um recht-

---

1445 Zu Herkunft u. Bedeutung dieses Begriffs Nipperdey, in: Bettermann und Nipperdey, Grundrechte IV./2., S. 761.

1446 Dazu im einzelnen oben unter I. (S. 298).

1447 Zu Inhalt u. Funktion dieser Schranke bereits die Hinweise oben unter I. (S. 371). u. II. (S. 406).

1448 Oben unter II. (S. 407, Fn. 1426 u. 1428).

1449 Da sich die Gewährleistung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen bereits aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ergibt, ist es entbehrlich, im einzelnen die Frage nach der Stellung von Richterrecht in der Normenhierarchie aufzugreifen; vgl. bereits den Hinweis oben unter I. (S. 388 Fn. 1334).

mäßige Arbeitskampfmaßnahmen handelt.[1450]

Diese Überlegung ist zwar insoweit zutr., als der verfassungsmäßige Schutz der Vertragsfreiheit u. damit aufgrund des systematischen Zusammenhangs zur Privatautonomie auch die Gewährleistung derjenigen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, weiten Einschränkungsmöglichkeiten unterliegt.[1451] Gleichwohl begegnen diesem Lösungsvorschlag erhebliche Bedenken, da er sich in gefährlicher Nähe zur Figur der Grundrechtsstärke befindet.[1452] Hinter dieser Konstruktion scheint nämlich letztlich das Argument zu stehen, wegen des Fehlens eines ausdrücklichen Gesetzesvorbehalts in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG[1453] u. der Existenz eines Rechtsvorbehalts in Art. 2 Abs. 1 GG[1454] seien die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Rechte bzw. Rechtsgüter "stärker" u. damit vorrangig. Dies wäre aber allenfalls formal zutr. Diese These würde insbes. Existenz u. Bedeutung der immanenten Schranken von vorbehalt-

---

1450 Dieser Schluß scheint jedenfalls dann schlüssig zu sein, wenn man mit der heute wohl h.M. die Anwendbarkeit der Schrankentrias innerhalb der speziellen Freiheitsrechte u. damit auch bei Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG grundsätzlich ablehnt, vgl. etwa zutr. Seiter, Streikrecht, S. 117 (der allerdings für die Schranke der Rechte Dritter im Hinblick auf den Arbeitskampf Ausnahmen machen will); Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 338; anders noch Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 73. Zum Ganzen ausführlicher schon oben unter I. (S. 372 ff.).

1451 Dies ist eine wichtige Konsequenz der weiten Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit (oben unter II., S. 401 f.)

1452 Zum Inhalt dieser Lehre im einzelnen bereits die Hinweise oben unter I. (S. 313). Wegen der fehlenden Tragfähigkeit dieser Konstruktion muß m.E. das Fehlen eines Gesetzesvorbehalts bei Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG bei der Abstimmung mit Art. 2 Abs. 1 GG jedenfalls als eigenständige Begründung unberücksichtigt bleiben.

1453 Vgl. dazu nur Scholz in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 336; Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte, S. 36.

1454 Vgl. Merten, JuS 76, S. 346; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 31. Dieser Rechtsvorbehalt stellt selbst gegenüber einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt die weiter gehende Eingriffsmöglichkeit in eine Grundrechtsbestimmung dar, da zum Rechtsvorbehalt auch Gewohnheitsrecht u. in der Normenhierarchie unter förmlichen Gesetzen stehende Rechtsquellen gerechnet werden, vgl. dazu die Beispiele bei von Münch wie oben m.w.N.

losen Grundrechten[1455] leugnen, so daß von ihrer Heranziehung m.E. Abstand zu nehmen ist.[1456]

Indizwirkung kann dem vorgetragenen Lösungsansatz allenfalls insoweit zukommen, als bei rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen selbst bei Heranziehung von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG kein Vorrang vor dem Schuldrecht begründet werden kann. Da eine Gewährleistung rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht angenommen werden kann, können diese weder zu den Rechten anderer noch zur verfassungsmäßigen Ordnung zählen u. damit nicht zu einer Einschränkung der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Rechte bzw. Rechtsgüter auf der Verfassungsebene führen. Dieses Ergebnis wird im übrigen auch durch das zu dem Problemkreis der Rechtsfolgen rechtswidriger Arbeitskämpfe vorhandene Richterrecht bestätigt.[1457]

1455 Dazu z.B. Bleckmann, Grundrechtslehren, S. 245 f.; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 56 f.

1456 Wie hier allgemein Hesse, Grundzüge des Verfassungrechts, S. 134; Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 317 ff.

1457 Vgl. etwa BAG v. 4.5.55, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Bl. 3 f.; BAG v. 20.12.63, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 3. b, sowie unter III. 1. d.G.; BAG v. 20.12.63, AP Nr. 34 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf, unter II. d.G.; BAG v. 21.3.78, AP Nr. 62 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter III. d.G.; ArbG Wuppertal v. 24.11.59, AP Nr. 20 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter III. d.G. Rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen können auch schuldrechtliche Ansprüche aus dem Gesichtspunkt einer Vertragsverletzung (insbes. von Tarif- u. Arbeitsverträgen) auslösen, vgl. etwa Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 169 u. S. 212; Söllner, Arbeitsrecht, S. 86 u. S. 109; Schaub, Handbuch, S. 1147; zu schuldrechtlichen Sanktionen bei Verletzungen tariflicher Pflichten auch die Hinweise oben 2. Teil (S. 98 ff.). Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß die gerade genannten Vertragsformen gegenüber "normalen" schuldrechtlichen Verträgen Besonderheiten aufweisen, so steht dies der hier vertretenen Auffassung m.E. nicht entgegen. Die festzustellende Vernachlässigung der hier interessierenden schuldrechtlichen Vertragsformen hat ihre Ursache wohl auch darin, daß das bestehende Kollisionsproblem bisher nicht unter dem hier herangezogenen verfassungsrechtlichen Ansatz gesehen wurde. Zur diesbezüglichen Kritik an den verfassungsrechtlichen Defiziten bei der Behandlung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht bereits die Hinweise oben § 1 (S. 149 f.).

3. Die Bedeutung von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht

LARENZ will aus dieser bereits in anderem Zusammenhang behandelten Verfassungsnorm eine unmittelbare Beschränkung der Vertragsfreiheit entnehmen.[1458] Dies würde bedeuten, daß auch privatrechtliche Abreden, wozu selbstverständlich auch schuldrechtliche Verträge zu zählen sind, das Recht zur Wahrung u. Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, nicht einschränken bzw. behindern dürfen. Daraus folgt, daß schuldrechtliche Rechtsfolgen gegenüber der Koalitionsfreiheit zurücktreten müssen, d.h. Nachrang ' ' Sieht man mit der hier im einzelnen dargestellten u. entwickelten Auffassung auch das Recht auf kampfweise Betätigung als Bestandteil der (kollektiven) Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet an, so müßte man Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG wohl dahin interpretieren, daß rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber schuldrechtlichen Rechtsfolgen ebenfalls den Vorrang haben.

Diese Auslegung ist aber nicht unproblematisch. Selbst wenn man zugunsten des Verfassungsgebers davon ausginge, er habe den negativen Einfluß privatrechtlicher Abreden erkannt u. ihm durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG den Boden entziehen wollen, bleiben erhebliche Zweifel. Insbes. sei nochmals daran erinnert, daß nicht nur bei den Beratungen des GG, sondern auch noch 1968 bei der Aufnahme der Notstandsklausel in Art. 9 Abs. 3 GG der konkrete Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG im Hinblick auf den Arbeitskampf sehr umstr. war.[1459] Daher darf man m.E. nicht davon ausgehen, der Verfassungsgeber habe das in dieser Arbeit im Mittelpunkt stehende Kollisionsproblem hinreichend deutlich erkannt u. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG u.a. auch aus diesem Grund in das GG aufgenommen. Dieser Vorschrift kann somit allenfalls Indizwirkung für einen teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht zugesprochen werden.

1458 Vgl. Larenz, Schuldrecht AT, S. 64 f.

1459 Dazu oben unter I. (S. 223 ff. sowie die Nachw. in Fn. 530 ff.).

4. Abstimmung von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht auf der Verfassungsebene

Kann somit das bestehende Kollisionsproblem nicht durch unmittelbare Heranziehung verfassungsrechtlicher Normen bzw. Grundsätze eindeutig u. überzeugend gelöst werden, so ist an die bisher gewonnenen Teilergebnisse anzuknüpfen, wonach im Grundsatz sowohl das Recht auf kampfweise Betätigung als auch diejenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, im GG verankert sind u. sich daher innerhalb der Normenhierarchie gleichrangig gegenüberstehen. Dies führt zu dem bereits in anderem Zusammenhang erwähnten Verfassungsprinzip der Einheit der Verfassung.[1460] Dieses Prinzip verlangt bekanntlich die widerspruchsfreie Lösung von auf Verfassungsebene bestehenden Grundrechtskollisionen unter besonderer Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs in den die jeweils einschlägigen GG-Normen eingebettet sind.[1461] Dieses Ziel ist nach der hier vertretenen Auffassung durch Heranziehung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der das Prinzip der Güter- u. Interessenabwägung konkretisiert, zu realisieren.[1462]

Gegen die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch zur Abstimmung zweier verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte untereinander bestehen m.E. keine überzeugenden Bedenken. Insbes. steht der mögliche Einwand, dieses Prinzip sei bisher auch in dieser Arbeit nur zur Ermittlung des Umfangs der verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines Rechts herangezogen worden[1463], nicht entgegen. Zum einen darf nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, daß der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowohl im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als auch bei Art. 2 Abs. 1 GG zur Anwendung gebracht werden

---

1460 Zum Inhalt dieses Verfassungsinterpretationsprinzips ausf. oben unter I. (S. 313).

1461 Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 28 f.; Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 75 f.

1462 Zur Beziehung zwischen dem (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz u. dem Prinzip der praktischen Konkordanz schon oben unter I. (S. 314 f.).

1463 Konkret zur Bestimmung des Umfangs der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung (oben unter I., S. 335 ff.).

kann.[1464] Außerdem ist es dem Prinzip der Güter- u. Interessenabwägung geradezu immanent, daß auch sich zunächst formal gleichrangig gegenüberstehende Rechte notfalls unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls gegeneinander abgewogen bzw. aufeinander abgestimmt werden müssen, wenn anders ein Ausgleich nicht geschaffen werden kann.[1465] Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß der hier vorgeschlagene Weg eine nähere Beschäftigung mit dem äußerst unpräzisen Begriff des Wesensgehalts i.S.v. Art. 19 Abs. 2 GG entbehrlich macht. Die Wesensgehaltsgarantie kann zwar, wie aufgezeigt wurde[1466], ebenfalls zur Ermittlung des Umfangs der verfassungsrechtlichen Gewährleistung beider hier im Blickpunkt stehender Rechte angewendet werden, sie ist aber diesbezüglich gegenüber dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weitgehend in den Hintergrund getreten.[1467] Schließlich ist das im folgenden zu verwendende Abstimmungsverfahren m.E. wesentlich exakter als das damit z.T. als konkurrierend angesehene Prinzip der praktischen Konkordanz.[1468] Dieses beschreibt lediglich das zu realisierende

---

1464 Zur Anwendbarkeit des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG Merten, JuS 76, S. 346; von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Art. 2, Rdnr. 32.

1465 Vgl. etwa BVerfG v. 24.2.71, BVerfGE 30, S. 195; BVerfG v. 5.6.73, BVerfGE 35, S. 225; zust. von Münch wie Fn. 1464, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 47; Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 468. Entgegen Häberle, Wesensgehaltgarantie, S. 32 f. besteht m.E. zwischen dem Grundsatz der Güterabwägung u. dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze keine Identität, da ein derartiger Vorbehalt ausdrücklich nur in Art. 5 Abs. 2 GG vorgesehen ist; gegen Häberle auch Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 323.

1466 Oben unter I., S. 320 f. (Recht auf kampfweise Betätigung) u. unter II., S. 408 (Vertragsfreiheit).

1467 So Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 322. Nach BVerfG v. 25.2.75, BVerfGE 39, S. 43 soll der "Grundgedanke" des Art. 19 Abs. 2 GG aber beim Ausgleich widerstreitender Interessen Berücksichtigung finden. Dies ist m.E. entbehrlich, da bereits die richtige Handhabung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sicherstellt, daß bei der Abwägung von grundrechtlich gewährleisteten Rechten nicht eines auf Kosten des anderen realisiert wird. Die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Wesensgehalts eines Rechts ist daher von vornherein nur als sehr gering anzusehen.

1468 Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen zwischen beiden Prinzipien aber allenfalls graduelle Unterschiede; wie hier Knebel, Koalitionsfreiheit, S. 76; Schwabe, Grundrechtsdogmatik, S. 321; wohl auch von Münch, in: von Münch, GG-K Bd. 1, Vorb. Art. 1-19, Rdnr. 47.

Ziel, überprüft aber die hierzu einzusetzenden Mittel nicht hinreichend präzise.[1469] Zusammengefaßt bedeutet dies, daß die beiden hier miteinander kollidierenden Rechte derart aufeinander abgestimmt werden müssen, daß die bestehende Grundrechtskollision zwar gelöst wird, ohne dabei aber die daran beteiligten Rechte jeweils unverhältnismäßig einzuschränken.

Die isolierte Analyse der verfassungsrechtlichen Stellung des Rechts auf kampfweise Betätigung hat bereits ergeben, daß die Ausklammerung rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen bzw. Arbeitskampfformen aus dem Gewährleistungsbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht unverhältnismäßig im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Tarifautonomie ist.[1470] Es bleibt nunmehr aber noch zu prüfen, in welcher Beziehung die prinzipielle Gewährleistung rechtmäßiger Arbeitskämpfe gegenüber schuldrechtlichen Rechtsfolgen steht, wenn sich jene im Widerspruch zu aufgrund den allgemeinen schuldrechtlichen Wertungen grundsätzlich begründeten schuldrechtlichen Ansprüchen kampfunbeteiligter Dritter befinden. Es ist m.a.W. zu erörtern, ob die unbeschränkte Zulassung schuldrechtlicher Ansprüche bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter zu einer unverhältnismäßigen Beeinträchtigung rechtmäßiger Arbeitskämpfe führen würde.

Bei der notwendigen Abstimmung beider Teilrechtsgebiete, die hier zwangsläufig auf die Frage des Vor- bzw. Nachrangs eines von beiden gegenüber dem jeweils anderen hinauslaufen muß[1471], ist m.E. zunächst an folgende Gesichtpunkte anzuknüpfen. Zunächst könnte unter besonderer Berücksichtigung des Hilfsinstrumentscharakters von Arbeitskampfmaßnahmen untersucht werden, ob die Tarifautonomie selbst beeinträchtigt oder gefährdet würde, wenn man auch bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter oh-

---

1469 So deutlich Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 28 f. (an der Kollision beteiligte Güter müssen zu "optimaler Wirksamkeit" gelangen).

1470 Oben unter I. (S. 387).

1471 Die dritte denkmögliche Alt., daß sich Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht - bei grundsätzlicher Anerkennung wechselseitiger Einflüsse - gleichrangig gegenüberstehen, scheidet von vornherein aus, da die zwischen beiden Teilrechtsgebieten bestehenden Wertungswidersprüche auf diesem Weg nicht gelöst werden könnten.

ne Einschränkungen zuließe.[1472] Ferner könnte die unmodifizierte Zulassung solcher Ansprüche u.U. Auswirkungen auf die Kampf- u. Verhandlungsparität haben, was wiederum (mittelbare) negative Einflüsse auf die Tarifautonomie bewirken könnte. Beide gerade genannten Ansatzpunkte sind z.T. bereits in früheren Untersuchungen zum Thema der privatrechtlichen Haftung genannt worden.[1473] Die Brauchbarkeit dieser Stellungnahmen wird allerdings dadurch erheblich eingeschränkt, daß weder dargelegt wird, welche Einflüsse von schuldrechtlichen Ansprüchen auf Tarifautonomie u./oder Parität ausgehen (können), noch nähere Erörterungen erfolgen, ob es sich bei den beiden zuletzt genannten Kriterien wirklich um zwei voneinander völlig unabh. Variable handelt. Vorab gilt es zu prüfen, ob überhaupt eine unmittelbare Beeinflussung der Tarifautonomie durch schuldrechtliche Ansprüche denkmöglich ist. Andernfalls müßte von vornherein eine Beschränkung auf das Paritätsgebot als Anknüpfungspunkt vorgenommen werden.[1474]

a) Einschränkungen der Tarifautonomie

Versteht man wie hier unter Tarifautonomie das mit Verfassungsrang versehene Recht der tariffähigen Verbände, frei von staatlichem Einfluß die Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen durch Abschluß von TV

1472 Eine unmittelbare Anknüpfung an das Recht auf kampfweise Betätigung bei der vorzunehmenden Abstimmung kann m.E. nicht in Betracht kommen, weil der Arbeitskampf nach ganz überwiegender Meinung nicht isoliert als Selbstzweck, sondern nur als notwendiger Bestandteil der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet wird; a.A. soweit ersichtlich nur Mückenberger, BlStSozArbR 80, S. 243. Daß das Recht zum Arbeitskampf durch schuldrechtliche Wertungen beeinträchtigt wird, führt daher allein noch nicht weiter.

1473 Zur Anknüpfung an die Tarifautonomie Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 230; wohl auch Löwisch, DB 62, S. 762; ders., AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495. Zur Anknüpfung an die Kampfparität Lieb, Arbeitsrecht, S. 153 f.; Schmid, NJW 79, S. 17 (der allerdings diesen Gedanken wegen des angeblich beschränkten Geltungsbereichs des Paritätsgedankens nicht für tragfähig hält, um einen teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht zu begründen).

1474 Eine unmittelbare Anknüpfung an das Recht auf kampfweise Betätigung scheidet aus (oben Fn. 1472).

zu regeln[1475], so wäre in bezug auf ihre Beeinträchtigung zunächst an die mögliche Einschränkung durch den Staat u. dabei wiederum insbes. an den einfachen Gesetzgeber zu denken.

Das Verhältnis von Gesetzgeber u. Tarifautonomie betrifft zum einen die Frage nach der Kompetenzabgrenzung zwischen Staat u. privaten Verbänden bei der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen; darauf braucht hier nicht näher eingegangen zu werden.[1476] Andererseits könnte ein möglicher Einfluß des Staates auf die Tarifautonomie auch darin gesehen werden, daß der einfache Gesetzgeber das privatrechtliche Haftungssystem insbes. des BGB nicht unter Berücksichtigung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen modifiziert hat, so daß der Abschluß von TV dadurch erschwert wird, daß den tariffähigen Verbänden der Einsatz eines hierzu notwendigen Mittels nur mit erheblichen Einschränkungen zur Verfügung steht. Daraus könnte der Schluß gezogen werden, bei der Sanktionierung negativer Auswirkungen von Arbeitskämpfen solle es grundsätzlich bei der primär im BGB geregelten Haftung sein Bewenden haben.[1477]

Gegen diese These spricht zunächst, daß der historische Gesetzgeber keine Veranlassung zu einer Berücksichtigung arbeitskampfrechtlicher Wertungen bei der privatrechtlichen Haftung im Verhältnis gegenüber kampfunbeteiligten Dritten haben konnte, da der Arbeitskampf im Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB einen ganz anderen (geringeren) Stellenwert hatte.[1478] Insbes. unterlag er derart weitgehenden Einschränkungen, daß sich eine Modifikation abstrakt-genereller gesetzlicher Regelungen im Hinblick auf die Rechtssicherheit als untunlich erweisen mußte u. sich diese Notwendigkeit daher vernünftigerweise gar

---

1475 Oben unter I. (S. 269 sowie die Nachw. in Fn. 765).

1476 Dazu näher etwa Biedenkopf, Tarifautonomie, insbes. S. 178 ff.; Coester, Vorrangprinzip, S. 73 f. u. S. 83 ff.; Däubler, Grundrecht, S. 201 ff.; Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl., Rdnr. 41 ff. m.w.N.

1477 Diese Konsequenz ziehen jedenfalls im Ergebnis die Vertreter der strengen Trennungstheorie (im einzelnen oben 1. Teil, S. 35 ff.), die jede Modifikation des schuldrechtlichen Haftungssystems durch arbeitskampfrechtliche Wertungen ablehnen.

1478 Vgl. dazu die Hinweise bei der Darstellung der älteren Lehre oben 1. Teil (S. 19 f.).

nicht stellen konnte.[1479]

Die Tatsache, daß der einfache Gesetzgeber trotz der nachhaltig geänderten gesellschafts- u. sozialpolitischen Bedeutung des Arbeitskampfes auch bislang keine Veranlassung zu einer entsprechenden Initiative sah, läßt sich m.E. einerseits mit seiner allgemeinen Zurückhaltung gegenüber einer einfachgesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechts[1480], andererseits mit der bislang noch relativ geringen praktischen Relevanz der hier mit zu behandelnden Haftungsfragen erklären.[1481] Daß daraus aber nicht abgeleitet werden darf, der Arbeitskampf könne bestehende einfachgesetzliche Regelungen nicht modifizieren, wird auf jeden Fall deutlich, wenn man nochmals an das in dieser Arbeit bereits skizzierte Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht erinnert.[1482] Auch dort finden sich innerhalb des BetrVG bekanntlich keinerlei ausdrückliche Anhaltspunkte, daß die Beteiligungsrechte des BR im Arbeitskampf nicht uneingeschränkt gelten sollen. Gleichwohl erkennt die heute h.M. eine teilweise Einschränkung dieser Rechte sowohl bei unmittelbarer als auch bei mittelbarer Kampfbetroffenheit von Betrieben, die dem BetrVG unterliegen u. in denen ein gewählter BR besteht, an.[1483] Daher muß m.E. davon ausgegangen werden, daß im Verhalten des einfachen Gesetzgebers, in seiner weitgehenden Passivität gegenüber einer gesetzlichen Regelung des Arbeitskampfrechts, noch kein verfassungswidriges Unterlassen u. damit auch kein Eingriff in die Tarifautonomie gesehen werden kann.

Aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ergibt sich nun aber, daß die duch Art. 9. Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Rechte u. Rechtsgüter - u. damit auch

---

1479 Daher ist es folgerichtig, wenn die Vertreter der älteren Lehre das Problem der privatrechtlichen Haftung vollständig auf dem Boden des Schuldrechts zu lösen versuchten (im einzelnen oben 1. Teil, S. 20 mit den Nachw. in Fn. 35).

1480 Zum Fehlen eines Arbeitskampfsystems auf einfachgesetzlicher Grundlage in anderem Zusammenhang oben unter I. (S. 231).

1481 Vgl. die Hinweise auf die wenigen vor den Gerichten ausgetragenen Auseinandersetzungen oben Einl. (S. 9 f. u. Fn. 37).

1482 Zur Kollision zwischen diesen beiden Teilrechtsgebieten u. ihrer Lösung ausführlicher oben § 2 (S. 196 ff.).

1483 Zur h.M. im einzelnen die Nachw. oben § 2 (S. 201 Fn. 414).

die Tarifautonomie - durch privatrechtliche Vereinbarungen, zu denen u.a. schuldrechtliche Verträge zählen, beeinträchtigt werden können.[1484] Dieser Bereich ist der in dieser Arbeit bedeutsamere. Da sich aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG jedenfalls keine näheren Einzelheiten im Hinblick auf die Beziehung von Tarifautonomie u. privatrechtlichen Vereinbarungen entnehmen lassen[1485], vermag ein bloßer Hinweis auf diese Verfassungsnorm allein im folgenden aber nicht weiter zu führen, wie bereits an anderer Stelle klargestellt wurde.[1486]

Die unmittelbare Beeinflussung der Tarifautonomie durch schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter ist in den bisherigen Untersuchungen zur privatrechtlichen Haftung nur von einigen Vertretern der arbeitsrechtlichen Ansätze behauptet worden.[1487] Im Ergebnis besteht Einigkeit, daß zwischen beiden Variablen direkte Einflüsse bestehen. Die Argumente hierfür unterscheiden sich allenfalls in Nuancen.[1488] Aus diesem Ergebnis wird bekanntlich der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht abgeleitet u. begründet.[1489]

Die Vertreter der schuldrechtlichen Ansätze prüften demgegenüber die Beziehung zwischen Tarifautonomie u. schuldrechtlichen Ansprüchen nur im Zusammenhang mit der Erörterung eines möglichen Arbeitskampf- bzw.

1484 Zu diesem Zusammenhang oben unter 3. (S. 415).

1485 Vgl. zum beschränkten Geltungsbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG in anderem Zusammenhang auch Schneider, RdA 82, S. 105, wonach diese Vorschrift nur Maßnahmen erfaßt, die sich unmittelbar u. gezielt gegen die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Rechtspositionen richten.

1486 Oben unter 3. (S. 415).

1487 Vgl. dazu die Nachw. oben S. 419 Fn. 1473.

1488 Teilnahme an der Regelung von Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen einerseits u. Zwang zur Erfüllung von schuldrechtlichen Vertragspflichten gegenüber kampfunbeteiligten Dritten andererseits sind nicht in Einklang zu bringen (so Löwisch, AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495). Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie darf nicht durch hiermit kollidierende schuldvertragliche Pflichten beeinträchtigt werden (so Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 230).

1489 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 234; ders., BB 74, S. 1495; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 230.

Streikverschuldens, das dem Anspruchsgegner u.U. dann vorgeworfen werden könne, wenn er einen Arbeitskampf zugunsten seiner schuldvertraglichen Pflichten gegenüber kampfunbeteiligten Dritten nicht verhindere bzw. beende.[1490] Ob sich solche Pflichten, wozu auch die Verpflichtung, den Forderungen des sozialen Gegenspielers nachzugeben, zählen soll[1491], aus den zwischen Anspruchsstellern u. Anspruchsgegnern bestehenden schuld-bzw. handelsrechtlichen Verträgen ergeben, wird unterschiedlich beantwortet.[1492] Ein möglicher Zusammenhang zwischen Tarifautonomie u. schuldrechtlichen Ansprüchen wird aber in jedem Fall nur unter Zwischenschaltung schuldrechtlicher Rechtsinstitute anerkannt.[1493] Daraus folgt, daß von vornherein nur eine mittelbare Beziehung zwischen beiden Variablen angenommen wird. Diese Auffassung mag zwar im Hinblick auf die den schuldrechtlichen Ansätzen zugrunde liegende Ausgangshypothese konsequent sein; sie kann aber - ungeachtet der bereits an anderer Stelle gegen diese Sichtweise vorgebrachten Bedenken -[1494] nicht überzeugen. Insbes. bleibt unberücksichtigt, daß als potentielle Anspruchsgegner kampfunbeteiligter Dritter nicht nur deren Vertragspartner in Betracht kommen.[1495] Damit entfällt in einigen

---

1490 So ausdrücklich Strempel, Leistungsstörungen, S. 83 ff.; Thomas, Vertragshaftung, S. 44 ff. (unter Diff. zwischen verschiedenen Erscheinungsformen von Streiks).

1491 So Brendel, Lieferverpflichtungen, S. 35 ff.; Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9 ff.; eingeschränkt auch Esser, JZ 63, S. 492; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 123 f.; abl. Strempel wie Fn. 1490, S. 87 ff.; Thomas wie Fn. 1490, S. 48 f.

1492 Die Vertreter der strengen Trennungstheorie bejahen dies, vgl. nur Brendel wie Fn. 1491; die der eingeschränkten Trennungstheorie zuzuordnenden Autoren lehnen dies bei Streiks überwiegend ab, vgl. dazu bereits die Nachw. oben 1. Teil (S. 42 Fn. 169).

1493 Strempel wie Fn. 1490, S. 83 ff., insbes. S. 87 ff. u. Thomas wie Fn. 1490, S. 44 ff., insbes. S. 48 berücksichtigen die Tarifautonomie im Rahmen der Prüfung eines Streikverschuldens der Anspruchsgegner, d.h. im Zusammenhang mit § 276 Abs. 1 BGB. Es wird also nicht untersucht, ob die unbeschränkte Zulassung schuldrechtlicher Ansprüche direkt bzw. unmittelbar zu einem Eingriff in die Tarifautonomie führt.

1494 Zur grundsätzlichen Kritik an der Sichtweise der schuldrechtlichen Ansätze bereits oben 1. Kap. (S. 121 ff.).

1495 Zu den verschiedenen denkmöglichen Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellationen bei der hier zu behandelnden privatrechtlichen Haftung näher 2. Teil (S. 60 f.).

Konstellationen die Möglichkeit, eine notwendig individuell-subjektive Pflicht zum Nachgeben zu konstruieren. Da de lege lata kein absolutes Recht auf Einhaltung schuldrechtlicher Verträge anerkannt wird[1496], bedarf es zur Begründung einer Pflicht zum Nachgeben somit regelmäßig eines schuldrechtlichen Vertrages oder zumindest eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses.[1497] Fehlen solche Beziehungen zu einigen Gruppen potentieller Anspruchsgegner, entfällt auch die Möglichkeit, an ein Arbeitskampfverschulden anzuknüpfen, da dieses wiederum die (schuldrechtliche) Verletzung einer vertraglichen oder vorvertraglichen Pflicht zur Vor. hat.[1498]

Wenn daher m.E. im folgenden von der Möglichkeit einer unmittelbaren Beeinflussung der Tarifautonomie durch schuldrechtliche Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, ausgegangen werden kann, müssen zur Überprüfung dieser These diverse weitere Vor. vorliegen.

Auswirkungen auf die Tarifautonomie kommen nur dann in Betracht, wenn schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter grundsätzlich begründet sein können. Diesbezüglich muß - wie an anderer Stelle bereits aufgezeigt wurde -[1499] wie folgt differenziert werden.

Vertragliche Erfüllungsansprüche sind nur dann begründet, wenn es sich bei den Anspruchsgegnern um AG bzw. Unternehmer handelt, die unmittelbar oder mittelbar von den Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen be-

---

1496 H.M., vgl. etwa BGH v. 21.10.69, NJW 70, S. 138; Erman/Drees, BGB, § 823, Rdnr. 25; Fikentscher, Schuldrecht, S. 3, S. 46 f. u. S. 633 f. (mit Beispielen u. Hinweisen auf Ausnahmen); MünchKomm/Mertens, BGB, § 823, Rdnr. 109; ausf. Krasser, Schutz vertraglicher Rechte, S. 186 ff., insbes. S. 200.

1497 Zu den in Betracht kommenden Quellen schuldrechtlicher Rechte u. Pflichten z.B. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 83 (Schuldverhältnisse auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage); MünchKomm/Kramer, BGB, Einl. Bd. 2, Rdnr. 47 (unter Hinweis auf den rechtsgeschichtlichen Hintergrund der gerade genannten Diff.). Zur Einordnung der c.i.c. in diese Klassifikation Erman/Sirp, BGB, Einl. § 241, Rdnr. 18.

1498 Zum Zusammenhang zwischen objektivem Verstoß gegen schuldvertragliche Pflichten u. subjektiver Zurechnung etwa Esser/Schmidt wie Fn. 1497, S. 81.

1499 Oben 2. Teil (S. 63 ff.).

troffen werden, weil die in den jeweiligen Betrieben beschäftigen AN entweder streiken oder ausgesperrt werden bzw. weil sich diese Arbeitskampfmaßnahmen in anderen Betrieben auswirken. Nur diese eben nochmals ausdrücklich benannten Personengruppen können in schuldvertraglichen Beziehungen zu kampfunbeteiligten Dritten stehen. Kampfunbeteiligte Dritte können sowohl andere Unternehmer - nicht unbedingt AG - oder beliebige Endverbraucher sein.

Für Rücktrittsrechte gilt das gerade Ausgeführte ohne Einschränkungen entsprechend. Auf eine Diff. zwischen vertraglichen u. gesetzlichen Rücktrittsrechten kommt es dabei nicht an, da es sich bei beiden Kategorien um Sekundärleistungsansprüche handelt, die dann an die Stelle von Erfüllungsansprüchen treten, wenn Vertragserfüllung nicht mehr in Betracht kommt.

Soweit es sich um die an dieser Stelle allein noch interessierenden vertraglichen Schadensersatzansprüche handelt, gelten zunächst wiederum die bisher getroffenen Feststellungen, da auch diese in die Kategorie der Sekundärleistungsansprüche fallen.

Zusätzlich kommen vertragliche Schadensersatzansprüche gegen kampfführende Gewerkschaften in Betracht. Vor. ist, daß die Führung von Arbeitskampfmaßnahmen als schuldhafter Verstoß gegen die tarifliche Friedenspflicht qualifiziert werden kann. Anspruchsberechtigt sind hier - neben den an dieser Stelle nicht näher interessierenden AG-Verbänden als Kampfgegner - lediglich solche AG/Unternehmer, die Mitglied dieser AG-Verbände sind.

Soweit als Sanktion in den Fällen der arbeitskampfbedingten Nichtannahme ordnungsgemäß angebotener Leistungen neben den oben abgehandelten Anspruchsarten noch Aufwendungsersatzansprüche in Betracht kommen, gelten ebenfalls die zu den Erfüllungsansprüchen eben nochmals zusammengefaßten Grundsätze.

Damit ist festzuhalten, daß schuldrechtliche Ansprüche, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, sich nur gegen einzelne AG bzw. Unternehmer sowie gegen Gewerkschaften richten können. Daß die eben an zweiter Stelle genannten potentiellen Anspruchsgegner nur unter engeren Vor. zur privatrechtlichen Haftung herangezo-

gen werden können, ist im Hinblick auf die mögliche negative Beeinflussung der Tarifautonomie zunächst ebenso belanglos, wie die Unterschiede, die im Hinblick auf die Begründetheit schuldrechtlicher Ansprüche auf der Seite der potentiellen Anspruchssteller registriert wurden.[1500]

An dieser Stelle muß aber nunmehr das Verhältnis von Tarifautonomie u. Kampf- bzw. Verhandlungsparität geklärt werden, da eine getrennte Untersuchung der Auswirkungen schuldrechtlicher Ansprüche nur dann angezeigt ist, falls es sich bei diesen Figuren wirklich um zwei voneinander völlig unabh. Dimensionen handelt. Falls beide dagegen in einer instrumentalen Beziehung zueinander stehen sollten, genügt eine pauschale, nicht diff. Diskussion möglicher bestehender Zusammenhänge.

b) Tarifautonomie und Parität

aa) Inhalt des Paritätsbegriffs

Der Grundsatz der Parität ist nicht ausschließlich im kollektiven Arbeitsrecht zu finden. Soweit ersichtlich sind seine Wurzeln vielmehr im Staatskirchenrecht zu suchen;[1501] er zählt aber bereits seit geraumer Zeit zu den grundlegenden allgemeinen Prinzipien des Arbeitskampfrechts.[1502] Der GS des BAG hat ihn in seiner ersten richtungsweisenden Entscheidung zum Arbeitskampfrecht nicht nur ausdrücklich erwähnt, sondern daraus bedeutsame Folgerungen abgeleitet.[1503] Die überragende Bedeutung des Paritätsbegriffs findet auch bei der Analyse

---

1500 Diese Gesichtspunkte können aber bei der Diskussion des Einflusses schuldrechtlicher Ansprüche auf die Kampf- bzw. Verhandlungsparität bedeutsam werden, falls sie zu einer Verschiebung der Machtverhältnisse führen sollten.

1501 Vgl. den diesbezüglichen Hinweis bei Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 32; beiläufig auch Kaiser, Parität, S. 42.

1502 Dazu etwa Binkert, AuR 79, S. 239; Dütz, Anm. zu LAG Baden-Württemberg v. 10.10.78, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 27, unter I. 3. a,; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 98 ff.; ausf. Seiter, Streikrecht, S. 140 ff.

1503 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 4. sowie unter II. d.G.

neuerer höchstrichterlicher Entscheidungen ihre Bestätigung.[1504]

Parität kann innerhalb des kollektiven Arbeitsrechts umschrieben werden als die annähernde Chancengleichheit der sozialen Gegenspieler, den Inhalt auszuhandelnder TV i.S.d. Interessen ihrer jeweiligen Mitglieder zu beeinflussen.[1505] Das Vorliegen dieser Chancengleichheit wird als eine wesentliche Vor. für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie angesehen.[1506]

Dieser eben umschriebene allgemeine Paritätsbegriff darf nicht mit dem häufig erwähnten Grundsatz der Waffengleichheit gleichgesetzt werden.[1507] Soweit dieser im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrecht verwendet wird[1508], bedeutet er, daß die sozialen Gegenspieler über Kampfmittel verfügen müssen, um wirksam Druck auf ihren jeweiligen

---

1504 Vgl. insbes. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. u. V. d.G.; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 3. sowie unter C. I. 2. a, (3) u. b, d.G.; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. d.G. Zur Entwicklung der Bedeutung des Grundsatzes der Kampfparität in der älteren Rechtsprechung des BAG sowie im Vorfeld der Aussperrungsurteile v. 10.6.80 der historische Überblick bei Pabst, Kampfparität, S. 64 ff.

1505 Vgl. etwa BGH v. 18.12.67, AP Nr. 38 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 2. d.G.; Krejci, Aussperrung, S. 49; Löwisch, RdA 80, S. 4; Raiser, Aussperrung, S. 59 f. (unter Beschränkung auf die Kampfparität); Rüthers, Aussperrung, S. 71; Zöllner, Aussperrung, S. 30.

1506 Vgl. BGH wie Fn. 1505, Lts. 1. sowie unter 2. d.G.; BAG v. 24.4.79, AP Nr. 63 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. III. 2. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. IV. 1. a, d.G.; LAG Köln v. 23.3.84, NJW 85, S. 399; Bertelsmann, Aussperrung, S. 220; Buchner, DB 70, S. 2077; Däubler, JuS 72, S. 644; Esser, der ag 85, S. 40; Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 124; Rüthers, JurA 70, S. 107; ders., Aussperrung, S. 71; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 101; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 173; Zöllner/Seiter, ZfA 70, S. 150 ff.

1507 Vgl. z.B. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 1. d.G.; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 928; Rüthers, JurA 70, S. 103 (Problematik der Beschränkung der Waffengleichheit auf das Arbeitskampfrecht).

1508 Zu einer anderen Anwendung dieses Grundsatzes etwa Bartholomeyczik, AcP 166, S. 64 ff. (Waffengleichheit zur Sicherung der Äquivalenz von Leistung u. Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen auf dem Boden der Vertragsfreiheit).

Gegner ausüben zu können.[1509] Der Grundsatz der Waffengleichheit ist ursprünglich i.S. einer notwendigen Kampfmittelgleichheit aufgefaßt worden.[1510] Er hat aber bald einen Bedeutungswandel in Richtung auf Schaffung möglichst gleicher Verhandlungschancen aufgrund von Arbeitskampfmaßnahmen erfahren.[1511] Insgesamt ist aber der Paritätsbegriff inhaltlich erheblich weiter als der Begriff der Waffengleichheit, da Parität auch dann bestehen muß, wenn TV ohne Kampfmaßnahmen zustande kommen.[1512] Dies gilt unabh. davon, welches Paritätsverständnis man dabei jeweils im einzelnen zugrunde legt.[1513]

Wenn sich der allgemeine Paritätsbegriff damit von vornherein nicht nur auf den Arbeitskampf, sondern auf die Tarifautonomie insgesamt bezieht, so ist es m.E. zweckmäßig, zwischen Verhandlungsparität einerseits u. Kampfparität andererseits zu unterscheiden[1514], da TV

1509 Vgl. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 929 (sowohl angreifender als auch abwehrender Partei muß ein wirksames Kampfmittel zur Verfügung stehen).

1510 So etwa Reuß, Juristen-Jahrbuch Bd. 4, S. 167. Kampfmittelgleichheit bedeutet dabei selbstverständlich nicht Waffenidentität, sondern meint, daß den sozialen Gegenspielern in gleicher Lage Kampfmittel mit identischen Rechtswirkungen zur Verfügung stehen müssen, vgl. Seiter, Streikrecht, S. 161; ähnl. auch Bertelsmann, Aussperrung, S. 222; Hueck/Nipperdey wie Fn. 1509; Rüthers, JurA 70, S. 89.

1511 Vgl. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. 1. d.G.

1512 Es ist darüberhinaus auch nicht zweckmäßig, die Begriffe "Waffengleichheit" u. "Kampfparität" synonym zu verwenden, so aber Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 928. Gegen diese Gleichsetzung spricht insbes., daß das Gleichgewicht im Arbeitskampf nicht nur durch die einzelnen zugelassenen Kampfmittel beeinflußt wird, so zutr. Seiter, Streikrecht, S. 160. Gegen eine Gleichsetzung auch Krejci, Aussperrung, S. 49; Raiser, Aussperrung, S. 60 (Kampfparität bedeutet nicht Waffengleichheit, sondern Chancengleichheit im Arbeitskampf); Rüthers, JurA 70, S. 103; ders., DB 73, S. 1651 f.

1513 Zu den verschiedenen Paritätsbegriffen gleich unter cc,.

1514 Wie hier Seiter, Streikrecht, S. 159 u. S. 160; ders., RdA 81, S. 72. Auch das BAG differenziert entsprechend, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. IV. 1. d.G. (Kräfteverhältnis der sozialen Gegenspieler am Verhandlungstisch); BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. 2. (3) d.G. (der in der Tarifautonomie wurzelnde Grundsatz der Kampfparität).

[illegible] auf dem Verhandlungswege als auch unter Einsatz von Kampfmaßnahmen zustande kommen können. Es steht nicht von vornherein fest, daß einzig Verhandlungs- u. Kampfstärke allein [illegible] gemessen werden können, sondern diese[s] [illegible] übergehen.[1515]

bb) Kampfparität und Verhandlungsparität

Die Verhandlungsparität bezieht sich auf das Verhältnis der sozialen Gegenspieler im Stadium von TV-Verhandlungen. Sie beschreibt das Gewicht, das [illegible] - u.U. künftige - TV-Partei hinter die von ihr aufgestellten u. vertretenen Tarifforderungen setzen kann.[1516] Dieses Gewicht wird von z.B. durch das Kräfteverhältnis in einem möglichen Arbeitskampf beeinflußt. Das Verhandlungsergebnis wird [illegible] von weiteren Faktoren [illegible].[1517]

Die Kampfparität bezieht sich demgegenüber auf das Kräfteverhältnis der sozialen Gegenspieler im Falle [illegible], sie beschreibt theoretisch Chancengleichheit bzw. Gleichgewicht in [illegible] als Bestimmungsfaktoren für den sozialen Gegenspieler zustehende Instrumentarien zu Kampfhandlungen sowie [illegible] Hintergrund [illegible]

1515 A.A. zu Unrecht Fischer, Konkurrenz, S. 204 ff., der zwischen Verhandlungs- u. Kampfparität [illegible] Gleichgewichtszustand [illegible] will, was die Möglichkeit einer [illegible] u. friedlichen Übereinkunft [illegible]. Das gegenteilige [illegible] Prinzip kann bereits [illegible] unter I., S. 345 f. [illegible] auf [illegible] werden, da es nach richtiger Deutung lediglich [illegible] besonderen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes [illegible] dient, [illegible] Abgrenzung von rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen dient.

1516 Vgl. Seiter, Streikrecht, S. 158; grundsätzlich auch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. u. A. IV. 1. a. d.G.; Seiter, RdA 80, S. 72.

1517 Welche Faktoren dabei im einzelnen zu berücksichtigen sein sollen, [illegible] voneinander [illegible] Ansätzen [illegible]. So wollen z.B. die Vertreter der sog. Gesamtparität [illegible] politischen u. gesellschaftlichen Spiels der sozialen Gegenspieler, eine wirtschaftliche u. finanzielle Basis sowie die [illegible] Lösung berücksichtigen, vgl. z.B. Biedenkopf, Aut. S. 326 ff., Duve, BB 75, S. 115, Gerhard Müller-Thoma, Aussperrung, S. 149 ff., S. 152 ff. u. S. 157; zum [illegible] Kritik Seiter, GewArch 73, S. 100 ff.

kämpfen.[1518].

Im folgenden ist m.E. die Kampfparität der hier entscheidende Gesichtspunkt, da es aufgrund der zu verfolgenden Aufgabenstellung auf den Einfluß schuldrechtlicher Ansprüche bei stattfindenden Arbeitskämpfen ankommt. Da die Kampfparität aber wiederum ein wichtiger Faktor der Verhandlungsparität ist[1519] u. diese wiederum Wirkungen auf die Tarifautonomie insgesamt ausstrahlt, liegt ein komplexes System von Wertungen zugrunde. Dieses System kann hier nicht in allen Einzelheiten untersucht werden, da hierzu die ausdrückliche Berücksichtigung auch anderer Faktoren neben dem Arbeitskampf erforderlich wäre. Die oben formulierte Fragestellung kann somit dahingehend präzisiert werden, ob die uneingeschränkte Zulassung schuldrechtlicher Ansprüche, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, zu einer Beeinflussung bzw. Verschiebung der Kampfparität zuungunsten einer Seite der sozialen Gegenspieler führt u. daraus auch eine unverhältnismäßige Einschränkung der Tarifautonomie u. damit wiederum des Rechts auf kampfweise Betätigung resultiert.

cc) Messung der Kampfparität

Die Feststellung eines möglichen Einflusses schuldrechtlicher Ansprüche auf die Kampfparität setzt voraus, daß feststeht, wie die Kampfparität bestimmt bzw. im sozialempirischen Sinne gemessen wird. Daß die Schaffung einer tragfähigen Basis insoweit nicht problemlos ist, wird spätestens dann deutlich, wenn man mit den verschiedenen vertretenen Paritätsbegriffen konfrontiert wird. Es handelt sich dabei im

---

1518 Vgl. Seiter, Streikrecht, S. 160 mit Hinweisen auf einzelne Kriterien des "sozioökonomischen Hintergrundes". Krit. ist allerdings anzumerken, daß sich diese Faktoren sowohl im als auch außerhalb eines Arbeitskampfes auf die Parität auswirken werden, so daß insoweit eine exakte Trennung zwischen der Beeinflussung von Kampfparität einerseits u. Verhandlungsparität andererseits nicht ohne weiteres möglich sein dürfte.

1519 Zu diesem Zusammenhang zutr. Seiter, Streikrecht, S. 159 f. (Gewicht der sozialen Gegenspieler auf der Ebene von TV-Verhandlungen wird maßgeblich durch das Kräfteverhältnis im Arbeitskampf bestimmt); ähnl. wohl auch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. d.G.

einzelnen um den formellen, historischen, normativen, abstrakt-generellen sowie um den Gesamtparitätsbegriff.[1520] Davon haben der normative sowie der Gesamtparitätsbegriff keine größere Bedeutung erlangt, so daß auf eine nähere Beschäftigung hiermit in dieser Arbeit verzichtet werden kann.[1521]

aaa) Formelles Paritätsverständnis

In der älteren Rechtsprechung sowie im älteren arbeitskampfrechtlichen Schrifttum war ein formelles Verständnis der Kampfparität ganz herrschend.[1522] Dies bedeutete, daß den sozialen Gegenspielern in glei-

---

1520 Vgl. dazu die Hinweise u. Gliederungsvorschläge bei Bertelsmann, Aussperrung, S. 222 ff.; Krejci, Aussperrung, S. 50; Ruthers, Aussperrung, S. 72 ff.; Wolf, ZfA 71, S. 151 f. Bereits dieser Ausschnitt aus den vielen Stellungnahmen macht deutlich, daß weder Terminologie noch Untergliederungen einheitlich gehandhabt werden. Die im folgenden in dieser Arbeit zugrunde gelegte Diff. zwischen formellem u. materiellem Paritätsverständnis kann damit begründet werden, daß sich beide Kategorien dadurch deutlich voneinander abgrenzen lassen, was die Berücksichtigung tatsächlicher Kraft- bzw. Machtverhältnisse, die unterschiedlichen Ausgangspositionen der sozialen Gegenspieler sowie die tatsächlichen Wirkungen der eingesetzten Kampfmittel bzw. Kampfformen betrifft, vgl. etwa Mayer-Maly, DB 79, S. 98; Wolf, ZfA 71, S. 152. Zur Gliederung wie hier z.B. Ruthers, JurA 70, S. 89 ff.; Wohlgemuth, AuR 78, S. 325.

1521 Der normative Paritätsbegriff beinhaltet, daß die sozialen Gegenspieler von der Rechtsordnung unabh. von den tatsächlichen Verhältnissen als gleichgewichtig angesehen werden; Kampfparität stellt sich damit als Ergebnis einer gesellschaftlichen Wertentscheidung dar, vgl. etwa Rötticher, Gleichbehandlung, S. 33 f.; Mayer-Maly, RdA 68, S. 433; ders., DB 79, S. 98.

Die Vertreter der Gesamtparität wollen die Parität zwischen den sozialen Gegenspielern durch eine umfassende Berücksichtigung aller relevanten Einflußfaktoren des Wirtschafts- u. Verteilungsprozesses bestimmen, vgl. etwa Kittner, GewMH 73, S. 100 ff.; Wohlgemuth Bobke, BB 81, S. 2143; gegen diese Sichtweise BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. 3. d.G. Zu den möglichen Konsequenzen u. Gefahren der Konzeption der Gesamtparität im Hinblick auf die Stabilität des gesamten arbeitsrechtlichen Systems Weiss, AuR 82, S. 266 f.

1522 Vgl. dazu die Hinweise auf die Rechtsprechung von RG u. RAG bei BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. 1. a. d.G.; Reuß, Juristen-Jahrbuch Bd. 4, S. 167 ff.; wohl auch Kaiser, Parität, S. 45.

cher Lage gleiche Kampfmittel mit formal gleichen Wirkungen zur Verfügung stehen müßten.[1523] Daraus wurde v.a. abgeleitet, daß Streiks u. Aussperrungen im Hinblick auf die arbeitsvertraglichen Beziehungen keine unterschiedlichen Rechtsfolgen auslösen dürften, sondern als gleichartige u. gleichwertige Kampfmittel anzusehen seien.[1524] Die Rechtsprechung nach 1945 hat die formelle Kampfparität allerdings von Anfang an nicht in dieser strengen Form verstanden. Das BAG hat diese Formel vielmehr dahingehend modifiziert, daß Streiks u. Aussperrungen als die wichtigsten Kampfmittel der sozialen Gegenspieler i.w. nach denselben rechtlichen Regeln behandelt werden müßten.[1525]

Eine Variante des formellen Paritätsverständnisses sieht es als wesentlich an, daß den sozialen Gegenspielern nicht der Einsatz derjenigen Kampfmittel untersagt werden dürfe, die aufgrund der historischen Entwicklung als jeweils charakteristisch anzusehen sind.[1526] Eine wichtige Konsequenz dieser z.T. auch als historisches Paritätsverständnis bezeichneten Auffassung[1527] liegt wohl darin, daß die in

---

1523 So etwa Reuß, AuR 63, S. 225 u. S. 228; ders., JZ 65, S. 233; ders., Juristen-Jahrbuch Bd. 4, S. 167 f.; vgl. dazu auch Bertelsmann, Aussperrung, S. 222 f.; Wolf, ZfA 71, S. 151 f.; Zöllner, Aussperrung, S. 28 f.

1524 Vgl. Bertelsmann wie Fn. 1523; Wolf wie Fn. 1523, S. 152. Konkret sollten die sozialen Gegenspieler über Kampfmittel verfügen, die gleichermaßen nur suspendierend oder nur lösend wirken.

1525 So deutlich BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 1. d.G.; zust. LAG Baden-Württemberg v. 10.10.78, AuR 79, S. 94 u. S. 96; vgl. auch den Hinweis von Raiser, Aussperrung, S. 59. Bertelsmann wie Fn. 1523, S. 229 Fn. 17 weist darauf hin, daß das formelle Paritätsverständnis in seiner "reinen" Form auch im Schrifttum nicht vertreten worden ist.

1526 Vgl. hierzu etwa BAG wie Fn. 1525; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 929; Nipperdey, DB 63, S. 1613 f.; Nipperdey/Säcker, Anm. zu BAG v. 3.9.68, AP Nr. 39 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 2. Ein wichtiger Unterschied zwischen formellem u. historischem Paritätsverständnis besteht wohl darin, daß die zuerst genannte Sichtweise sowohl Streiks als auch Aussperrungen nur suspendierende Wirkung zuschreibt, während die historische Auffassung ungleiche Wirkungen (lösende Aussperrung) anerkennt.

1527 Soweit ersichtlich stammt diese Bezeichnung von Wolf, ZfA 71, S. 152; vgl. auch Bertelsmann, Aussperrung, S. 223; Rüthers, JurA 70, S. 90 f. (dort allerdings fälschlich als formelles Paritätsverständnis bezeichnet).

der Vergangenheit häufig zum Einsatz gebrachten Kampfmittel bzw. -formen der Disposition des einfachen Gesetzgebers von Verfassungs wegen entzogen sein müssen.[1528] Sieht man aber mit der hier vertretenen Auffassung nicht ein bestimmtes starres Arbeitskampfsystem als durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet an[1529], so vermag das formelle Paritätsverständnis auch in der historischen Variante nicht zu überzeugen.[1530] Da Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG dem unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber die Schaffung eines im Hinblick auf die Tarifautonomie funktionsfähigen Arbeitskampfsystems gebietet, muß Offenheit auch gegenüber neuen Arbeitskampfformen anerkannt werden.[1531] Auch insoweit muß notwendig Parität bestehen bzw. vom unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber erforderlichenfalls hergestellt werden können.

bbb) Materielles Paritätsverständnis

Das materielle Verständnis der Kampfparität hat sich heute in Schrifttum u. Rechtsprechung weitgehend durchgesetzt.[1532] Es zeichnet sich

---

1528 So wohl Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 929, wenn die Auffassung vertreten wird, "daß die Kampfparteien nicht ihrer aufgrund der geschichtlichen und sozialpraktischen Entwicklung angestammten Kampfmittel beraubt werden dürfen (Sperrung im Original; ähnl. auch Nipperdey/Säcker, Anm. zu BAG v. 3.9.68, AP Nr. 39 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 2.).

1529 Vgl. im einzelnen oben unter I. (S. 278).

1530 Zur Ablehnung des formellen u. historischen Paritätsverständnisses z.B. Bertelsmann, Aussperrung, S. 229; Raiser, Aussperrung, S. 70; Wolf, ZfA 71, S. 152. Wesentlichster Kritikpunkt ist wohl, daß beide Sichtweisen die tatsächlichen Machtverhältnisse unberücksichtigt lassen.

1531 Zur Offenheit des Arbeitskampfsystems die Hinweise oben unter I. (S. 278).

1532 Vgl. von den zahlreichen Stellungnahmen nur BGH v. 18.12.67, AP Nr. 38 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter 2. d.G.; BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter Teil III B. 1. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. 1. a, d.G.; LAG Köln v. 23.3.84, NJW 85, S. 399; Bertelsmann, Aussperrung, S. 227 ff.; Eichmanns, RdA 77, S. 136 u. S. 140; Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 32; Goll, Arbeitskampfparität, S. 51 ff.; Klein, Koalitionsfreiheit, S. 143 ff., insbes. S. 147 f.; Konzen, AcP 177, S. 525

dadurch aus, daß trotz unterschiedlicher Waffen, die den sozialen Gegenspielern zulässig zur Verfügung stehen, gleiche Chancen im Hinblick auf die Erreichung der Kampfziele gefordert werden.[1533] Dies setzt voraus, daß sowohl die unterschiedlichen Ausgangspositionen der sozialen Gegenspieler als auch die unterschiedlichen Wirkungen der einzelnen Arbeitskampfformen bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfsystems Berücksichtigung finden müssen.[1534] Zusätzlich sollen die tatsächlichen Machtverhältnisse der sozialen Gegenspieler einfließen, was die Einbeziehung einer Reihe weiterer, mit den Kampfmitteln selbst nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Faktoren erfordert.[1535] Welche Kriterien dabei im einzelnen einzubeziehen sein sollen, ist str., braucht hier aber nicht näher erörtert zu werden.[1536]

---

ff.; Krejci, Aussperrung, S. 53 f.; Löwisch, RdA 80, S. 3 ff.; Raiser, Aussperrung, S. 70; Reuter, RdA 75, S. 284; Rüthers, DB 73, S. 1651 f.; ders., Aussperrung, S. 76 f.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 353; Seiter, Streikrecht, S. 161 f.; Weiss, AuR 74, S. 45; Wolf, ZfA 71, S. 152 f.; Zöllner, FS für Bötticher, S. 438; ders., Aussperrung, S. 29 f.; Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 56.

1533 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. 1. d.G.; Rüthers, JurA 70, S. 90.

1534 Vgl. Rüthers wie Fn. 1533; Seiter, Streikrecht, S. 161.

1535 Zu einzelnen Kriterien des "sozioökonomischen Hintergrundes", die die Machtverteilung im Arbeitskampf beeinflussen können, Seiter wie Fn. 1534, S. 160; auch Raiser, Aussperrung, S. 71. Davon sollen aber nur diejenigen Variablen Berücksichtigung finden, die einer typisierenden Betrachtung zugänglich sind, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. 2. d.G.

1536 Umstr. ist insbes., ob auch solche Kriterien einzubeziehen sind, die sich außerhalb der Regelung von Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen durch TV auf das Kräfteverhältnis zwischen den sozialen Gegenspielern auswirken können; dies wird von den Vertretern der Gesamtparität (oben Fn. 1521) bejaht. Dagegen zu Recht BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. 3. d.G. unter Hinweis auf den instrumentalen Charakter des Arbeitskampfes in bezug auf die Tarifautonomie. Es kann also nur auf solche Kriterien ankommen, die im Zusammenhang mit Tarifregelungen relevant sind.

Die materielle Paritätskonzeption wird schließlich ganz überwiegend abstrakt-generell, nicht konkret-individuell verstanden.[1537] Dies bedeutet, daß es nicht auf die Machtverhältnisse in einer einzelnen konkreten Tarifauseinandersetzung ankommt. Entscheidend ist vielmehr, daß grundsätzlich ein annäherndes Machtgleichgewicht zwischen den sozialen Gegenspielern bestehen muß.[1538] Eine solche Betrachtungsweise gebietet bereits die Rechtssicherheit. Wollte man anders entscheiden, müßten die ArbG im Zweifel in jeder einzelnen konkreten Tarifauseinandersetzung prüfen, ob eine annähernd gleiche Chancengleichheit im Hinblick auf die Erreichung eines TV mit einem bestimmten Inhalt besteht bzw. bestand. Es leuchtet ein, daß die auf diesem Weg gewonnenen Ergebnisse mehr oder weniger von Zufällen abhängig wären.[1539] Eine Modifikation eines bestimmten bestehenden Arbeitskampfsystems kann daher nur dann geboten sein, wenn über einen längeren Zeitraum ein permanentes Machtungleichgewicht festgestellt wird u. dadurch der jeweils schwächere soziale Gegenspieler in der Wahrnehmung seiner ihm durch die Tarifautonomie gewährten Rechte unverhältnismäßig eingeschränkt wird.[1540]

1537 Vgl. BAG wie Fn. 1536, jeweils unter A. IV. 2. d.G.; Bertelsmann, Aussperrung, S. 228 f.; Binkert, AuR 79, S. 240; Goll, Arbeitskampfparität, S. 53; Kleiner, ZRP 76, S. 266; Raiser, Aussperrung, S. 71 f.; ders., ZRP 78, S. 203; Rüthers, Aussperrung, S. 76; a.A. Kempen, AuR 79, S. 78 (Abhängigkeit von Form u. Ausmaß der den AG zustehenden Kampfmittel von konkreter Streikaktion); Wolf, ZfA 71, S. 155 ff., insbes. S. 161 ff. (Wirksamkeit von TV soll nur dann vorliegen, wenn für beide Parteien die konkrete Möglichkeit zum Interessenausgleich bestand); gegen Wolf ausf. Seiter, Streikrecht, S. 167 ff.

1538 Vgl. BAG wie Fn. 1536, jeweils unter A. IV. 2. d.G.; Seiter wie Fn. 1537, S. 163.

1539 Vgl. dazu etwa die Beispiele bei BAG wie Fn. 1536, jeweils unter A. IV. 2. d.G. (situationsbedingte Vorteile wirken sich in einem einzelnen Arbeitskampf sehr stark aus); Seiter wie Fn. 1537, S. 163 f. (einzelner AG, der sich nicht die Rückendeckung des zuständigen AG-Verbandes gesichert hat, wird von einer "stärkeren" Gewerkschaft zum Nachgeben gezwungen). Es leuchtet ferner ein, daß die Zuweisung auch dieser Aufgabe zu den ArbG kaum zu einheitlichen Lösungen im erforderlichen Umfang führen würde, wenn man sich die instanzgerichtliche Rechtsprechung zu wichtigen Fragen des Arbeitskampfrechts in der Vergangenheit vor Augen hält. Vgl. in diesem Zusammenhang auch den Hinweis von [illegible] Aussperrung, S. 55 (Paritätsprozesse zur Vereitelung von Arbeitskämpfen u. Tarifabschlüssen).

1540 So zutr. Bertelsmann, Aussperrung, S. 228; Raiser, Aussperrung, S. 71 f.; Rüthers, JurA 70, S. 110.

dd) Rechtsgrundlagen der Kampfparität

Auch hinsichtlich dieses Problems besteht ein breites Meinungsspektrum. Nur vereinzelt wird behauptet, der Grundsatz der Parität habe innerhalb des Arbeitskampfrechts überhaupt keine juristische Relevanz.[1541] Außerdem sei der Begriff "Kampfparität" viel zu unbestimmt, um ihn zur Lösung von Fragen mit grundsätzlicher Bedeutung heranziehen zu können.[1542] Beide Argumente überzeugen m.E. nicht. Die Relevanz dieses Begriffs wird spätestens dann evident, wenn man darauf hinweist, daß er ganz überwiegend zu den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitskampfrechts gezählt wird[1543] u. wesentliche Grundlage zur dogmatischen Begründung wichtiger arbeitskampfrechtlicher Problemlösungen geworden ist.[1544] Gegen den Vorwurf der inhaltlichen Unbestimmtheit muß eingewendet werden, daß der Paritätsbegriff ohne weiteres hinreichend präzisiert werden kann, wenn man sich mit den verschiedenen vertretenen Paritätsbegriffen auseinandersetzt. Insbes. dann, wenn man sich für den abstrakt-materiellen Paritätsbegriff entscheidet, steht einer Anwendung nicht die fehlende inhaltliche Bestimmtheit entgegen, da die hierfür erforderlichen Daten ohne weiteres unter Anwendung des sozialempirischen Instrumentariums hinreichend exakt erhoben werden können.[1545]

1541 So Lerche, Zentralfragen, S. 64 ff., insbes. S. 66 (Paritätsgebot als Problem der Zweckmäßigkeit des Vorgehens des Gesetzgebers; keine Fixierung auf ein konkretes Paritätsgebot durch das GG).

1542 Vgl. Lerche wie Fn. 1541, S. 68 f. in kritischer Auseinandersetzung mit BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"; vgl. auch Rüthers, DB 69, S. 969 ("typische Leerformel mit nahezu beliebiger Interpretationsbreite").

1543 So zutr. Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 98; Seiter, Streikrecht, S. 140.

1544 Dazu näher unten unter c, aa,.

1545 Die im Zusammenhang mit der Begründung eines abstrakten Verständnisses des materiellen Paritätsbegriffs von Raiser, Aussperrung, S. 71 aufgestellte Behauptung, es fehle an hinreichend brauchbaren sozialwissenschaftlichen Erhebungsverfahren, darf nicht unwidersprochen bleiben. Die fehlende Berücksichtigung des vorhandenen Instrumentariums ist vielmehr darauf zurückzuführen, daß der Jurisprudenz die Erkenntnisse anderer wissenschaftlicher Disziplinen nach wie vor häufig suspekt sind u. außerdem die erforderlichen Fähigkeiten zur korrekten Handhabung dieser Instrumente bei Nur-Juristen i.d.R. leider fehlen.

Ebenfalls nur vereinzelt wird der Paritätsgedanke mit dem Grundsatz der staatlichen Neutralität in Zusammenhang gebracht.[1546] Dieser Grundsatz wird dabei so interpretiert, daß es dem unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber verwehrt sei, die sozialen Gegenspieler bei einer Regelung des Arbeitskampfrechts, insbes. bei der Ausgestaltung der Kampfmittel ungleich zu behandeln.[1547] Auch dieser Ansatz muß Bedenken begegnen. Würde man Neutralität im gerade umschriebenen Sinne verstehen, dann wären Parität u. Neutralität weitgehend deckungsgleich.[1548] Dies trifft aber keinesfalls zu. Der Grundsatz der Neutralität besagt vielmehr, daß sich der Staat in Arbeitskämpfen gegenüber den von den sozialen Gegenspielern hiermit angestrebten tarifpolitischen Zielen neutral zu verhalten habe u. nicht unmittelbar einwirken dürfe.[1549] Für diese Auffassung spricht v.a., daß es insbes. auch dem staatlichen Gesetzgeber durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG verwehrt ist einzugreifen, wenn Arbeitsbedingungen in konkreten Einzelfällen im Rahmen der Tarifautonomie durch TV geregelt werden. Dabei wird nicht übersehen, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nach der auch hier

---

1546 Vgl. etwa Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 927 f.; wohl auch Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 45; Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 110. Das BAG zieht den Grundsatz der staatlichen Neutralität allerdings nicht isoliert, sondern i.V.m. dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) heran, vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 1. d.G.

1547 Vgl. BAG wie Fn. 1546; Hueck/Nipperdey wie Fn. 1546.

1548 So zutr. Lerche, Zentralfragen, S. 64; Säcker, Gruppenparität, S. 106; Seiter, Streikrecht, S. 175; wohl auch Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 33 f.

1549 Vgl. etwa Rüthers, JurA 70, S. 102; Seiter wie Fn. 1548, S. 176 u. S. 179; a.A. Säcker wie Fn. 1548 (Gleichsetzung von Neutralität u. Parität). Zu den verschiedenen möglichen Bedeutungen des Begriffs "Neutralität" ausf. der Überblick bei Säcker wie oben, S. 102 ff. Für die hier vertretene Auffassung spricht m.E. v.a. die einfachgesetzliche Ausgestaltung, die der Grundsatz der staatlichen Neutralität erfahren hat; so zeigen insbes. §§ 116 AFG u. 25 KSchG, daß staatliche Institutionen nicht in konkret geführte Arbeitskämpfe intervenieren sollen. Eine allgemeine Beeinflussung des Arbeitskampfinstrumentariums im Hinblick auf den Paritätsgedanken kann in die gerade genannten Vorschriften nicht hineininterpretiert werden. Vgl. auch Rüthers, JurA 70, S. 102, wonach Kampfparität Vor., aber nicht Folge der staatlichen Neutralität sein soll; zust. Raiser, Aussperrung, S. 64 Fn 20; auch Krejci, Aussperrung, S. 89 (Neutralitätsgrundsatz nur Konsequenz des Paritätsgebotes).

vertretenen Auffassung die Tarifautonomie nur in einem Kernbereich gewährleistet u. daher nicht die Gesamtheit der denkmöglichen Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen umfaßt.[1550]

Etwas häufiger wird Art. 3 Abs. 1 GG als Rechtsgrundlage des Paritätsgebotes genannt.[1551] Zur Begründung wird angeführt, wegen der Macht der Gewerkschaften könne nicht von einer generellen Unterlegenheit der AN gegenüber den AG gesprochen werden. Andererseits seien die Risiken der AN in einem Arbeitskampf nicht automatisch geringer einzustufen als diejenigen der AG. Daher sei es durch Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt, den Grundsatz der Parität nicht anzuerkennen u. die Kampfmittel der sozialen Gegenspieler ungleich zu behandeln.[1552]

Die Heranziehung von Art. 3 Abs. 1 GG ist m.E. lediglich bei Zugrundelegung eines rein formellen Paritätsverständnisses plausibel u. vertretbar.[1553] Wenn den sozialen Gegenspielern danach gleiche Kampfmittel mit gleichen rechtlichen Folgen zur Verfügung stehen müssen, dann darf der unterverfassungsrechtliche Gesetzgeber Gleiches nicht ungleich behandeln, sofern keine sachlichen Differenzierungsgründe

---

1550 Zu diesen Zusammenhängen näher oben unter I. (S. 269 ff.). Die Eingriffsmöglichkeiten staatlicher Stellen müssen sich daher auf die Festlegung allgemeiner, längerfristiger Regelungen beschränken. Wenn man Eingriffe in konkrete Auseinandersetzungen befürworten würde, so wäre die Gefahr der Aushöhlung der Tarifautonomie nicht mehr zu leugnen; zum Ganzen auch Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 34 (aus den Befugnissen des Staates, auch im Bereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zu wirken, folge, daß nur sachwidrige u. willkürliche staatliche Interventionen verfassungswidrig seien).

1551 Vgl. etwa Bötticher, RdA 69, S. 369; Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht 1. Aufl., S. 45; Dohnau, Lieferverträge, S. 77; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 928; Reuß, AuR 63, S. 228; ders., Juristen-Jahrbuch Bd. 4, S. 167 ff.

1552 Vgl. Richardi, RdA 66, S. 248; zu dieser Argumentation u. ihrer sachlichen Richtigkeit auch die Darstellungen bei Raiser, Aussperrung, S. 62 f. u. Rüthers, JurA 70, S. 98 ff.

1553 Abl. aber Zöllner, Aussperrung, S. 28 f. Das BAG hat Art. 3 Abs. 1 GG ergänzend zur Begründung des Grundsatzes der Kampfparität herangezogen, als es noch erkennbar einem formellen bzw. historischen Paritätsverständnis folgte, vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 1. d.G.

vorliegen, was nach der Ansicht von RICHARDI[1554] der Fall sein soll. Legt man aber wie hier ein materielles Paritätsverständnis zugrunde, so ist ein Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG wohl von vornherein deshalb ausgeschlossen, weil dieses Paritätskonzept ausdrücklich von einer unterschiedlichen Stellung der sozialen Gegenspieler bei Tarifauseinandersetzungen ausgeht.[1555] Diese unterschiedlichen Ausgangspunkte pflanzen sich konsequenterweise bei der Ausgestaltung der Kampfmittel fort. Es kann daher hier dahinstehen, ob der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG nicht auch verfassungssystematische Gründe entgegenstehen.[1556]

Gegenwärtig wird ganz überwiegend Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als Rechtsgrundlage der Parität angesehen.[1557] Für diese Auffassung spricht zunächst, daß die Parität als eine wesentlich Funktionsvor. der Tarif-

---

1554 Vgl. Richardi, RdA 66, S. 249.

1555 Das abstrakt-materielle Paritätsverständnis impliziert jedenfalls, daß sich die Machtverhältnisse zwischen den sozialen Gegenspielern ändern können u. damit auch die annähernde Chancengleichheit im Hinblick auf Tarifabschlüsse beeinträchtigt werden kann.

1556 In diesem Zusammenhang wird z.T. vertreten, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG als speziellere Regelung anzusehen sei u. daher innerhalb des Geltungsbereichs von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ein Rückgriff auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht in Betracht komme, so Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 262 f.; Seiter, Streikrecht, S. 170 Fn. 72; ders., AöR 109, S. 136. Zum Verhältnis beider Verfassungsnormen auch Nipperdey/Säcker, BB 69, S. 323; Scheuner, in: Weber, Scheuner, Dietz, Koalitionsfreiheit, S. 73 ff.

1557 Vgl. Däubler, Grundrecht, S. 180 f.; Kaiser, Parität, S. 45; Mayer-Maly, RdA 68, S. 434; Raiser, Aussperrung, S. 68 f.; Rüthers, Aussperrung, S. 71 f.; Schneider, RdA 82, S. 107; Seiter, Streikrecht, S. 170 f.; Weber, FS für OLG Celle, S. 249; Weiss, AuR 74, S. 46; im Ergebnis auch BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. IV. 3. d.G. (innerer Zusammenhang von Tarifautonomie u. Paritätsprinzip); nach Seiter, AöR 109, S. 130 liegt auch der Rechtsprechung des BVerfG ein am Paritätsprinzip orientiertes Verständnis von Art. 9 Abs. 3 GG zugrunde. A.A. Kittner, GewMH 73, S. 94 f.; Lenz, FS für Abendroth, S. 210 f.; diff. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 262 f. u. S. 264, der zwar Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als Rechtsgrundlage heranziehen, andererseits aber die Parität nicht in den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsbereich dieser Norm eingegliedert wissen will (anders jetzt aber ders. in Maunz/Dürig, GG, Art. 9, Rdnr. 287: Schutz der Koalitionsparität unmittelbar durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG). Für eine verfassungsrechtliche Gewährleistung der Parität auch Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 31 f. (unter Heranziehung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG).

autonomie anzusehen ist, die, wie bereits mehrfach erwähnt, ebenfalls durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet wird.[1558] Die Tarifautonomie ist auf der Grundlage eines abstrakt-materiellen Paritätsverständnisses nur dann funktionsfähig, wenn sich die sozialen Gegenspieler annähernd gleichstark gegenüberstehen. Ein permanentes Machtungleichgewicht würde zur Folge haben, daß keine für beide Seiten gerechte Regelung der Arbeitsbedingungen zustande kommen könnte. Damit wäre aber die Tarifautonomie weitgehend ausgehöhlt u. entwertet, da ein wesentlicher Grund für ihre Anerkennung u. verfassungsrechtliche Gewährleistung gerade darin liegt, daß die vorher bestehende individuelle Vertragsfreiheit bei der Regelung der Arbeitsbedingungen nicht ausreichend funktioniert hat.[1559] Wenn somit die Parität - ähnl. wie der Arbeitskampf - als notwendiger oder gar unerläßlicher Bestandteil der Tarifautonomie anzusehen ist, dann ist es m.E. nur konsequent, diese Figur ebenfalls in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG verfassungsrechtlich zu verankern.

Gegen diese Argumentation kann nicht überzeugend eingewendet werden, Art. 9 Abs. 3 GG biete auch insoweit weder von seinem Wortlaut her noch aufgrund seiner Entstehungsgeschichte Anhaltspunkte für eine Einbeziehung der Parität in seinen Gewährleistungsbereich.[1560] Bereits im Zusammenhang mit der Erörterung einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes ist dargelegt worden, daß dem Wortlaut dieser Verfassungsnorm nur ein relativ geringer Stellenwert zukommt.[1561] Immerhin wird man m.E. davon ausgehen müssen, daß dem

---

1558 Dazu bereits oben unter I. (S. 269 f. sowie die Nachw. in Fn. 766).

1559 Vgl. dazu Bartholomeyczik, AcP 166, S. 65 f. (völlige Beseitigung der Waffengleichheit beim individuellen Arbeitsvertrag aufgrund der Anerkennung unbegrenzter Vertragsfreiheit); Raiser, Aussperrung, S. 68 (Parität als Entstehungs- u. Legitimationsgrund des TV- u. Arbeitskampfrechts); Rüthers, JurA 70, S. 104 (Tarifautonomie als versuchte Fortsetzung der Privatautonomie zur Schaffung geeigneter Vertragsvor. u. Vertragsbedingungen); Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl., Rdnr. 2 (Schutzfunktion der Tarifautonomie gegen Mißbrauch der Vertragsfreiheit).

1560 So aber wohl Lerche, Zentralfragen, S. 66, wenn er davon spricht, das GG enthalte keine Fixierung auf ein konkretes Paritätsgebot u. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG stelle nur eine allgemein u. unfertig verfaßte Ordnung dar.

1561 Oben unter I. (S. 223 ff.).

Terminus "jedermann" auch im Hinblick auf die Verankerung der Parität eine wichtige Indizfunktion zukommt.[1562] Die fehlenden Hinweise auf die Parität in den vorhandenen Materialien zur Entstehungsgeschichte können m.E. damit erklärt werden, daß das Paritätskonzept, jedenfalls soweit es die Kampfparität betrifft, noch gar nicht in seiner vollen Bedeutung erkannt werden konnte, da die kollektivrechtliche Betrachtungsweise des Arbeitskampfes, die erst die Diskussion hierüber in Gang brachte, sehr viel später entwickelt worden ist.[1563]

Wenn somit auch von einer Gewährleistung der Kampf- u. Verhandlungsparität als Bestandteil der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auszugehen ist, so bedeutet dies für den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber, daß er bei der Schaffung bzw. Ausgestaltung des Tarif- u. Arbeitskampfsystems Rahmenbedingungen schaffen muß, damit ein annäherndes Machtgleichgewicht zwischen den sozialen Gegenspielern erreicht u. beibehalten werden kann.[1564] In diesem Zusammenhang ist es von untergeordneter Bedeutung, ob man Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nur als einen Regelungsauftrag[1565] oder aber als eine Direktive[1566] für den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber ansieht.

Aus der Verankerung der Parität in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG lassen sich nunmehr diverse Folgerungen ableiten. Zunächst findet das Konzept der abstrakt-materiellen Parität hierin zumindest z.T. seine Bestätigung.[1567] Da der unterverfassungsrechtliche Gesetzgeber insbes. aus

---

1562 Wie hier Seiter, Streikrecht, S. 170; zur Indizfunktion dieses Begriffs auch bereits in anderem Zusammenhang oben unter I. (S. 309 f.).

1563 Zur Begründung dieser Auffassung BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1., 2. u. 4. sowie unter I. 3. - 5. u. II. 1. d.G.; Bulla, FS für Nipperdey 1955, S. 179 ff. Zum Ganzen bereits oben § 1 (S. 134 ff.).

1564 So zutr. Rüthers, JurA 70, S. 107 ff.

1565 In diesem Sinne Rüthers wie Fn. 1564, S. 107; zust. Ehmann, Betriebsrisikolehre, S. 128.

1566 So Seiter, Streikrecht, S. 171; Zöllner/Seiter, Paritätische Mitbestimmung, S. 56 ff.

1567 Auf die verschiedenen Spielarten dieses Paritätsverständnisses kann hier nicht näher eingegangen werden, vgl. dazu etwa die Übersicht bei Goll, Arbeitskampfparität, S. 51 ff.

Gründen der Rechtssicherheit nur generelle Regelungen schaffen kann, darf ein Abstellen auf konkrete Einzelfälle nicht in Betracht kommen.[1568]

Die in anderem Zusammenhang aufgeworfene Frage nach dem Verhältnis von Parität u. dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[1569] kann nunmehr dahingehend beantwortet werden, daß bei der Prüfung, welche Arbeitskampfformen geeignet, erforderlich u. proportional sind, das Paritätsgebot als Zweck bzw. Ziel anzusehen ist. Verhältnismäßig sind daher diejenigen Kampfformen, die ein annäherndes Machtgleichgewicht schaffen u. damit die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern.[1570]

Schließlich ergibt sich aus den bisherigen Erörterungen, daß es sich bei Tarifautonomie u. Kampfparität in Wirklichkeit nicht um zwei verschiedene Anknüpfungspunkte handelt. Vielmehr stehen diese beiden Variablen zueinander in einer instrumentalen Beziehung. Da die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie somit auch von der Parität der sozialen Gegenspieler entscheidend abhängt, ist zu prüfen, ob u. ggf. in welcher Weise diese von schuldrechtlichen Ansprüchen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, beeinflußt wird. Ein derartiger Einfluß würde somit auch mittelbare Auswirkungen auf die Tarifautonomie u. damit auch auf das Recht auf kampfweise Betätigung zur Folge haben.[1571]

1568 Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn die unterverfassungsrechtliche Ausgestaltung durch Richterrecht erfolgt, da dieses in solchen Fällen ebenfalls nicht einzelfallbezogen sein kann (dazu bereits die Hinweise oben unter I. S. 231 f.).

1569 Zu dieser Figur näher oben unter I. (S. 333 ff.).

1570 So zutr. Seiter, Streikrecht, S. 172 gegen Löwisch, ZfA 71, S. 326 ff.; wie Seiter auch Richardi, FS Deutsche Richterakademie, S. 120; wohl auch Müller, DB 84, S. 2693; zu diesem Problem auch die Hinweise oben unter I. (Fn. 1147). Dieser Zusammenhang kann sich aber m.E. nur auf die Ausgestaltung des Arbeitskampfsystems durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beziehen. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einzelner konkreter Arbeitskämpfe anhand des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes muß richtigerweise das angestrebte konkrete Kampfziel Bezugspunkt für die Verhältnismäßigkeitsprüfung sein, dazu bereits die Ausführungen oben unter I. (S. 346 f.).

1571 Zu diesen Zusammenhängen im einzelnen noch unten unter bb, bbb,.

c) Einflüsse schuldrechtlicher Ansprüche auf die Kampfparität

aa) Bislang anerkannte Fälle möglicher Paritätsbeeinflussung im Arbeitskampfrecht

Der Paritätsgedanke ist neben dem bereits behandelten Problemkreis des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht[1572] bislang insbes. bei zwei weiteren Fragestellungen bedeutsam geworden. Zum einen bei der Bestimmung des Verhältnisses von Streik u. Aussperrung sowie bei der Lösung des Problems der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung in mittelbar von Arbeitskampfmaßnahmen betroffenen Betrieben.[1573]

aaa) Das Verhältnis von Streik und Aussperrung

In seiner neueren Rechtsprechung hat das BAG auf der Grundlage eines abstrakt-materiellen Paritätsbegriffs die Auffassung vertreten, Angriffsstreiks u. Abwehraussperrungen seien keine in jeder Hinsicht gleichberechtigten u. gleichgewichtigen Kampfmittel.[1574] Zur Begründung wird insbes. angeführt, daß die AN bzw. die Gewerkschaften deshalb auf das Instrument des Streiks nicht verzichten könnten, da sie aufgrund der bisherigen konjunkturellen Entwicklung bei Tarifverhandlungen der unterlegene Teil seien. Um diese Unterlegenheit ausgleichen zu können, müsse man ihnen grundsätzlich den Einsatz von Streiks als Druckmittel ermöglichen, da andernfalls von vornherein keine Chancengleichheit bestehe.[1575] Danach ist somit die grundsätzliche Zulassung von Angriffsstreiks im Hinblick auf die Parität nicht unverhält-

---

1572 Dazu ausf. oben § 2 (S. 202 f.).

1573 Zu den engen Verknüpfungen zwischen diesen beid[illegible]nstellungen Richardi, FS für Strasser, S. 460 f.

1574 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. I. 3. d.G.; bestätigt durch BAG v. 12.3.85, DB 85, S. 712; zust. LAG Frankfurt v. 5.6.84, NZA 84, S. 129.

1575 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. I. 2. a, d.G.; zust. Buschmann/Heilmann, AuR 82, S. 108.

nismäßig. In Einzelfällen können aber auch Angriffsstreiks selbstverständlich unverhältnismäßig[1576] u. damit rechtswidrig sein.

Demgegenüber soll die AG-Seite i.d.R. nicht darauf angewiesen sein, ihre Interessen bzw. Forderungen im Rahmen von Abwehraussperrungen durchzusetzen. Dies gelte allerdings dann nicht, wenn eine Gewerkschaft Schwerpunktstreiks mit dem Ziel des Abschlusses von Verbands-TV führe. In derartigen Fällen komme es regelmäßig aufgrund der bestehenden Konkurrenzsituation der einzelnen Mitglieder des jeweiligen AG-Verbandes auf den verschiedenen Märkten zu einem wirksamen Angriff auf die Solidarität der AG. Dies habe zur Folge, daß die Bereitschaft zum Abschluß von TV beeinflußt u. damit die Kampfparität zuungunsten der AG verschoben werden würde. Dem könne wiederum nur damit begegnet werden, daß man den AG die suspendierende Abwehraussperrung - allerdings mit Einschränkungen -[1577] zugestehen müsse.[1578] Daraus folgt, daß die Aussperrung nur unter weiteren Vor. dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die Sicherung u. Erhaltung der Kampfparität genügt.[1579]

Es muß hier offen bleiben, ob die Erwägungen u. Folgerungen des BAG wirklich in allen Einzelheiten stichhaltig sind[1580] u. welchen An-

---

1576 Zur Funktion des arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in diesem Zusammenhang bereits oben unter I. (S. 350).

1577 Zur sog. Quotenregelung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter B. II. 2. d.G. sowie die Hinweise oben unter I. (S. 350 f.).

1578 Vgl. BAG wie Fn. 1575, jeweils unter A. I. 3. c, d.G.; zust. LAG Frankfurt v. 5.6.74, NZA 84, S. 129.

1579 Das BAG zieht zur Entscheidung, wann der AG-Seite im Hinblick auf das Paritätsgebot die suspendierende Abwehraussperrung nicht zustehen soll, deutlich den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz heran, vgl. BAG wie Fn. 1575, jeweils insbes. unter B. II. d.G.; die Quotenregelung (oben Fn. 1577) dient somit der Präzisierung u. Konkretisierung dieses Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Gegen die verfassungsrechtliche Verankerung der Aussperrung aufgrund kampfparitätischer Erwägungen Mayer, AuR 80, S. 72.

1580 Abl. aus unterschiedlichen Gründen etwa Buschmann, BlStSozArbR 81, S. 100 f.; Gester/Wohlgemuth, FS für Herschel 1982, insbes. S. 126 ff.; Konzen, Jura 81, insbes. S. 588; Konzen/Scholz, DB 80, S. 1593 ff.; Lieb, DB 80, S. 2188 ff.; Seiter, JZ 80, S. 749 ff. (zur selektiven Aussperrung); Wohlgemuth, MitbG 80, S. 175 ff.

wendungsbereich die eben skizzierten Grundsätze haben.[1581] Festzuhalten ist für die in dieser Arbeit zu erörternden Fragen, daß das BAG die Kampfparität ausdrücklich als abstrakt-materielle Parität begreift u. anerkennt, daß die Parität auch durch Faktoren beeinflußt werden kann, die außerhalb der eigentlichen Arbeitskampfmittel liegen u. dem "sozioökonomischen Hintergrund" i.S.v. SEITER zugeordnet werden können.[1582] Auf diesen zuletzt genannten Gesichtspunkt wird noch zurückzukommen sein.

bbb) Arbeitskampfbedingte Lohnverweigerung bei mittelbarer Kampfbetroffenheit

Dieser Problemkreis zählt zu den umstrittensten Bereichen des Arbeitsrechts überhaupt.[1583] Trotz zahlreicher Entscheidungen[1584] u. des kaum noch überschaubaren Schrifttums[1585] kann auch heute von einer abschließenden Klärung der Frage, ob u. ggf. unter welchen Vor. AG diejenigen AN, die aus arbeitskampfbedingten Gründen vorübergehend nicht beschäftigt werden können bzw. die zwar arbeiten wollen, aber nicht

---

1581 So soll etwa die Quotenregelung weder bei Aussperrungen gegen rechtswidrige Streiks - dazu Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 81 - noch bei Angriffsaussperrungen - vgl. z.B. Lieb, Arbeitsrecht, S. 147 - gelten.

1582 Das BAG nennt in den Aussperrungsurteilen z.B. die Konkurrenzsituation zwischen den einzelnen Mitgliedern eines AG-Verbandes, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. V. 3. c, d.G.

1583 Vgl. die entsprechenden Hinweise bei Lieb, BAG-Festschrift, S. 327; Säcker, Gruppenparität, S. 71.

1584 Vgl. etwa RG v. 6.2.23, RGZ 106, S. 272 ff.; RAG v. 20.6.28, Bens. Samml. Bd. 3, S. 116 ff.; BAG v. 8.2.57, AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Lts. 2. u. 3. sowie Bl. 2 f.; BAG v. 25.7.57, AP Nr. 3 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Bl. 1 R.; BAG v. 24.1.58, AP Nr. 4 zu § 615 "Betriebsrisiko" Bl. 1 u. Bl. 1 R.; BAG v. 26.10.71, AP Nr. 45 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 3. sowie unter 3. d.G.; BAG v. 7.11.75, AP Nr. 30 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Lts. sowie insbes. unter 2. ff. d.G.

1585 Vgl. statt vieler Ehmann, Betriebsrisikolehre, insbes. S. 147 ff.; Kalb, Betriebsrisikolehre, insbes. S. 115 ff.; Lieb, BAG-Festschrift, S. 327 ff.; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, insbes. S. 30 ff.; MünchKomm/Schaub, BGB, § 615, Rdnr. 93 ff.; Scholz/Konzen, Aussperrung, insbes. S. 203 ff.

arbeiten können, die Lohnzahlung verweigern dürfen, nicht die Rede sein.[1586]

Diesbezüglich sind seit einer Entscheidung des RG aus dem Jahre 1923[1587] diverse Lösungsansätze entwickelt worden. Die Verteilung des arbeitskampfbedingten Lohnrisikos wurde zunächst im Rahmen der Betriebsrisikolehre versucht.[1588] Nach dieser Figur hat ein AG dann, wenn er AN aus betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigen kann u. der ursächliche Umstand der Betriebsstörung von beiden Arbeitsvertragsparteien nicht zu vertreten ist, neben dem Produktionsausfallschaden u. den hiermit verbundenen Risiken auch das Risiko des Lohnausfalls zu tragen.[1589] Ausnahmsweise sollen aber grundsätzlich die AN das Lohnrisiko dann tragen, wenn ihre Nichtbeschäftigung auf rechtmäßige (Teil)Streiks im eigenen oder in fremden Betrieben zurückzuführen ist, wobei es keine Rolle spielt, ob es sich bei den Betroffenen um Mitglieder der streikführenden Gewerkschaft oder um Außenseiter handelt.[1590] Zur Begründung dieses Ergebnisses wurde die sog. Sphä-

---

1586 Auch die Grundsatzentscheidungen des BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 u. Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" können nicht als abschliessend angesehen werden, zur Kritik hieran etwa o.V., HB v. 14.12.82, Nr. 239, S. 5. Einer für den 21.12.1982 angesetzten Entscheidung des zuständigen 1. Senats, die wohl zu einer Modifikation der oben zitierten Grundsatzentscheidungen geführt hätte, wurde leider durch Rücknahme der Rechtsbeschwerde durch den Beschwerdeführer der Boden entzogen; dazu näher o.V., HB v. 16.12.82, Nr. 241, S. 1.

1587 Vgl. RG v. 6.2.23, RGZ 106, S. 272 ff.

1588 So deutlich RAG v. 20.6.28, Bens. Samml. Bd. 3, S. 120 ff. Zum Inhalt der in diesem Zusammenhang grundlegenden Begriffe "Betriebsrisiko" u. "Wirtschaftsrisiko" näher etwa Ballerstedt, AuR 66, S. 227.

1589 Vgl. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 189 f.; Schaub, Handbuch, S. 609 f.; Schwerdtner, Jura 83, S. 435; vgl. auch die Zusammenfassung der einzelnen Grundsätze der Betriebsrisikolehre bei Ehmann, Betriebsrisikolehre, S. 48 f. u. MünchKomm/Schaub, BGB, § 615, Rdnr. 108 ff. Zu - hier nicht näher interessierenden - Ausnahmen von diesem Grundsatz Kalb, Betriebsrisikolehre, S. 37; MünchKomm/Schaub wie oben, § 615, Rdnr. 114.

1590 Vgl. BAG v. 8.2.57, AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Bl. 2; BAG v. 30.5.63, AP Nr. 15 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Bl. 2 R.; dazu auch Ehmann/Schnauder, Jura 83, S. 238 f.; Kalb wie Fn. 1589. Im Gegensatz hierzu sollte der Lohnanspruch der AN bei aussperrungsbedingten Betriebsstörungen nicht wegfallen, vgl. BAG v. 8.2.57, AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Lts. 3.

rentheorie herangezogen, deren zentrales Argument der Solidaritäts- bzw. Gemeinschaftsgedanke innerhalb der AN bzw. der AG ist.[1591]

Die Sphärentheorie begegnete jedoch schon Anfang der 60er Jahre z.T. massiver Kritik.[1592] In der Folge wurde immer mehr die Kampf- bzw. Verhandlungsparität als zentrales Risikoverteilungskriterium bei arbeitskampfbedingten Betriebsstörungen angesehen u. herangezogen.[1593] Auf der Basis des Paritätsgedankens wurden verschiedene Risikomodelle entwickelt, die sich neben unterschiedlichen, oft diametral entgegengesetzten Ergebnissen durch ihr differentes Paritätsverständnis unterscheiden. Es handelt sich im einzelnen um das Risikoteilungsprinzip[1594], die Lehre von der Aussperrungsobliegenheit des AG[1595], die Angleichung der Lohnrisikoverteilung an § 116 Abs. 3 AFG i.V.m. der NAO[1596] sowie um ein auf dem Konzept der abstrakt-materiellen Pari-

---

1591 Vgl. RAG v. 20.6.28, Bens. Samml. Bd. 3, S. 121 f.; BAG v. 8.2.57, AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Bl. 2; vgl. auch Ballerstedt, AuR 66 sowie die Ergebnisse einer Analyse von Entscheidungen vor 1945 bei Kalb wie Fn. 1589, S. 22 ff., insbes. S. 32.

1592 Vgl. dazu insbes. die Zusammenfassung bei Ehmann, Betriebsrisikolehre, S. 49 ff. m.w.N. Vgl. auch BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. 2. a, (1) d.G.; Dütz, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8, unter II. 2.; Kalb wie Fn. 1589, S. 64 ff., insbes. S. 72 f.; Richardi, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 2.

1593 So deutlich etwa Löwisch, DB 63, S. 900 f.; Mayer-Maly, Referat, S. 6 f.; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S. 38 ff.

1594 Dazu ausf. Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung, S. 30 ff.; zust. etwa MünchKomm/Schaub, BGB, § 615, Rdnr. 124; abl. z.B. Kalb, Betriebsrisikolehre, S. 78 f.

1595 Dazu näher etwa Danz, Lohnrisiko, insbes. S. 113, S. 123 ff. u. S. 137 f.; Ramm, FS für Abendroth, S. 293 f.; Weiss, AuR 74, S. 48; ansatzweise auch Bötticher, Gleichbehandlung, S. 43; vgl. auch Darstellung u. Kritik dieser Lehre bei Kalb, Betriebsrisikolehre, S. 43 ff. u. S. 79 ff.

1596 Vgl. z.B. LAG Hamm v. 3.11.78, EzA § 87 BetrVG 1972 "Arbeitszeit" Nr. 6, Lts. 4. sowie unter V. 3. u. 4. d.G.; zust. LAG Hamm v. 30.5.79, DB 79, S. 1658; Schwerdtfeger, Arbeitslosenversicherung, S. 54 ff. Gegen den Ansatz des LAG etwa Ehmann, Betriebsrisikolehre, S. 96 ff.; Seiter, Anm. zu LAG Hamm v. 3.11.78, EzA BetrVG 1972 "Arbeitszeit" Nr. 6, insbes. unter I. 3. sowie unter II.

tät beruhendes Risikoverteilungsmodell.[1597]

Das BAG, das bereits früher den Paritätsgedanken zumindest hilfsweise zur Begründung eines z.T. von den Wertungen der Betriebsrisikolehre abweichenden Ergebnisses heranzog[1598], hat sich in drei grundlegenden Beschlüssen dem zuletzt genannten Ansatz[1599] angenähert u. diesen zum Modell der Paritätsrelevanz ausgebaut.[1600] Das BAG hat dabei die Betriebsrisikolehre zur sog. Arbeitskampfrisikolehre weiterentwikkelt.[1601] Nach dieser Figur sollen mittelbar arbeitskampfbetroffene AN ihre Lohnansprüche dann verlieren, wenn die Aufrechterhaltung dieser Ansprüche dazu führen würde, daß die Chancengleichheit der kämpfenden sozialen Gegenspieler durch Fernwirkungen von rechtmäßigen Arbeitskämpfen unmittelbar oder zumindest mittelbar beeinträchtigt wird. Konkret sollen diejenigen zusätzlichen Belastungen mittelbar kampfbetroffener AG mit Lohnzahlungspflichten Berücksichtigung finden, die geeignet sind, die Verhandlungschancen der kampfführenden Verbände nachteilig bzw. vorteilhaft zu beeinflussen.[1602] Dabei läßt das BAG den Nachw. einer bloß abstrakten Möglichkeit der Beeinflussung der

---

1597 Vgl. z.B. Mager, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 15, S. 84; Scholz/Konzen, Aussperrung, S. 218 f.; Seiter, Streikrecht, S. 311.

1598 So deutlich BAG v. 8.2.57, AP Nr. 2 zu § 615 BGB "Betriebsrisiko", Bl. 2 R.

1599 Oben vor Fn. 1597.

1600 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1.-3. sowie unter C. I. 2. a, (3) d.G.; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. u. 2. sowie unter C. I. 1. u. 2. d.G.; der dritte Beschluß vom selben Tag ist soweit ersichtlich bisher unveröffentlicht.

1601 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 3. sowie unter C. I. 2.d.G.; BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 1. sowie unter C. I. d.G.; Bieback/Mayer, AuR 82, S. 179; Richardi, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 1.; Seiter, DB 81, S. 578.

1602 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. 2. a, (3) u. b, (3) d.G.; zusammenfassend auch BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. d.G.; Seiter, DB 81, S. 579 f.

Parität nicht genügen.[1603] Die früher vertretene Unterscheidung von Betriebs- u. Wirtschaftsrisiko wird ebenso aufgegeben[1604] wie die Diff. zwischen Streiks u. Aussperrungen als mögliche Ursachen der Betriebsstörungen.[1605]

Die Frage des Schicksals der Lohnansprüche mittelbar arbeitskampfbetroffener AN ist zwar explizit nicht Gegenstand dieser Untersuchung.[1606] Gleichwohl spielt das Modell der Paritätsrelevanz hier insoweit eine Rolle, als das BAG in diesem Zusammenhang auch erörtert hat, welche Faktoren prinzipiell geeignet sein sollen, eine Paritätsbeeinflussung hervorzurufen u. damit die Rechtsfolgen der Arbeitskampfrisikolehre auszulösen. Solche Wirkungen anerkennt das BAG bei Vorliegen der Kriterien "wirtschaftliche Abhängigkeit" u. "koalitionspolitische Verbindungen".[1607] Demgegenüber lehnt es ausdrücklich eine Paritätsrelevanz von Schadensersatzansprüchen mittelbar betroffener

---

1603 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. 2. b, (3) d.G. (Feststellbarkeit durch typisierende Betrachtung muß möglich sein); dazu auch Ehmann/Schnauder, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8, unter C. I. 5.; Seiter, DB 81, S. 580. Ehmann/Schnauder, Jura 83, S. 243 behaupten, das materielle Paritätsverständnis werde durch die notwendige typisierende Betrachtungsweise im Ergebnis wieder in eine formelle Paritätsbeurteilung verwandelt.

1604 Vgl. BAG wie Fn. 1603, Lts. 1. u. 2. sowie unter C. I. 2. b, (3) d.G.; Richardi, FS für Strasser, S. 453; Seiter, DB 81, S. 579; auch Richardi, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 3. Ebenso bereits Löwisch, RdA 67, S. 50.

1605 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter C. I. 2. d.G.; Hanau, Anm. zu BAG v. 22.12.80, AR-Blattei, D, Arbeitskampf I, Entscheidungen 19; Seiter, DB 81, S. 579 f.

1606 Vgl. dazu bereits den Hinweis oben Einl. (S. 4).

1607 Vgl. BAG wie Fn. 1605, unter C. I. 2. b, (3) d.G.; Hanau, Anm. zu BAG v. 22.12.80, AR-Blattei, D, Arbeitskampf 1, Entscheidungen 18, unter 2. b,; zu den koalitionspolitischen Verbindungen auch LAG Hamburg v. 28.5.84, DB 84, S. 1580. Zum Inhalt dieser Kriterien näher Seiter, DB 81, S. 580 (wirtschaftliche Abhängigkeit) u. S. 581 (koalitionspolitische Interessenverbindungen). Krit. im Hinblick auf die erforderliche Bestimmtheit dieser Kriterien zur Feststellung des tatsächlichen Vorliegens des Lohnverweigerungsrechts Bieback/Mayer, AuR 82, S. 179.

gegen unmittelbar arbeitskampfbetroffene AG ab.[1608] Die Haltbarkeit dieser These ist nunmehr zu untersuchen, da sie für das Ergebnis der Abstimmung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht m.E. von zentraler Bedeutung ist.

bb) Paritätsrelevanz schuldrechtlicher Ansprüche, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben

aaa) Mögliche Beeinflussung der Kampfparität

Die Frage nach einer Paritätsrelevanz schuldrechtlicher Ansprüche ist bislang nur vereinzelt aufgegriffen u. unterschiedlich beantwortet worden. Soweit ersichtlich hat erstmals LÖWISCH hierzu Stellung genommen.[1609]

aaaa) Die Auffassung von LÖWISCH

LÖWISCH kommt zum Ergebnis, Schadensersatzansprüche mittelbar kampfbetroffener gegen unmittelbar kampfbetroffene AG/Unternehmer müßten eine ungleichmäßige Verteilung der Risiken zwischen AG- u. AN-Seite zur Folge haben.[1610] Zur Begründung führt er insbes. aus, man dürfe die unmittelbar kampfbetroffenen AG/Unternehmer bei der Prüfung paritätsbeeinflussender Faktoren nicht unberücksichtigt lassen. Zwischen unmittelbar u. mittelbar kampfbetroffenen AG bestünden nämlich vertragliche Beziehungen. Die Betriebsstörung trete gerade deshalb ein, weil die unmittelbar kampfbetroffenen AG/Unternehmer die sich aus diesen Verträgen ergebenden Pflichten nicht erfüllten, so daß sie hierfür nach schuldrechtlichen Grundsätzen einstehen müßten. Das würde aber zur Konsequenz haben, daß diese letztlich auch das Risiko der Lohnzahlung in drittbetroffenen Betrieben tragen müßten, da dieses Risiko im Wege von Schadensersatzansprüchen auf sie übergewälzt werden könnte.

1608 Vgl. BAG wie Fn. 1603, unter C. 1. 2. b, (3) d.G.; vgl. auch den entsprechenden Hinweis bei Dütz, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8, unter II. 5.

1609 Vgl. Löwisch, Streik und Aussperrung, S. 36 ff.

1610 Vgl. Löwisch wie Fn. 1609, S. 37.

Da dieser Effekt weder durch Arbeitskampfklauseln noch durch die Solidarität unter den AG verhindert werden könnte, müßten mittelbar kampfbetroffene AG ausnahmslos das Recht zur Einführung von Kurzarbeit haben bzw. die betroffenen AN auf Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld verweisen dürfen.[1611] Dies gelte aber nur innerhalb der inländischen Arbeitskampfordnung.[1612]

bbbb) Die Auffassung des BAG

Das BAG lehnt die eben skizzierte Auffassung von LÖWISCH mit der lapidaren Begründung ab, es würden hierbei Zurechnungskriterien in unzulässiger Weise verwischt werden. Wenn sich ein bestreikter AG wegen der Verletzung schuldrechtlicher Verträge mit kampfunbeteiligten Dritten schadensersatzpflichtig mache, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen habe, so handele es sich dabei um eine Sanktion der Rechtsordnung für fehlerhaftes Verhalten u. nicht etwa um eine Folge des Arbeitskampfrechts.[1613]

cccc) Die Auffassung von SEITER

Dieser wiederum tritt dem BAG entgegen. Die Behauptung, LÖWISCH's Ansatz verwische in unzulässiger Weise Zurechnungskriterien, überzeuge nicht. Es könne nicht bestritten werden, daß drittbetroffene AG, die außer dem Produktionsausfallschaden zusätzlich noch das Lohnrisiko tragen müßten, eher dazu neigten, Schadensersatzansprüche gegen bestreikte Lieferanten u. Abnehmer geltend zu machen. Daher seien drohende Schadensersatzpflichten u. Vertragsstrafenforderungen geeignet, unmittelbar kampfbetroffene AG zusätzlich unter Druck zu setzen u. auf diesem Weg die Kampfparität zuungunsten der AG-Seite zu verschieben.[1614]

1611 Vgl. Löwisch wie Fn. 1609.

1612 Vgl. Löwisch wie Fn. 1609, S. 38 f.

1613 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. 2. b, (3) d.G.

1614 Vgl. Seiter, DB 81, S. 581.

dddd) Die Auffassung von SCHULIN

Auch SCHULIN greift die wenig tragfähige Begründung des BAG an. Da es auch nach dessen Meinung im Hinblick auf die Erhaltung der Kampf- u. Verhandlungsparität auf die tatsächlichen Verhandlungschancen ankommen soll, seien Schadensersatzansprüche grundsätzlich geeignet, die Parität negativ zu beeinflussen, weil jene sich auch auf die tatsächlichen Verhandlungschancen auswirkten.[1615]

eeee) Die Auffassung von LIEB

LIEB meint, die Ablehnung jeglicher Schadensersatzansprüche gegenüber kampfunbeteiligten Abnehmern bzw. Zulieferern sei notwendig, da andernfalls die Belastung unmittelbar bestreikter bzw. aussperrender Betriebe uferlos werden würde. Unter solchen Umständen könne aber von Kampfparität keine Rede mehr sein.[1616]

Im Ergebnis ist m.E. den eben referierten Ansichten des Schrifttums zuzustimmen. Allerdings müssen auch diese Äußerungen kritisch untersucht werden, da sie die Problematik unter besonderer Berücksichtigung ihres Stellenwerts im Rahmen des hier zu behandelnden Themas keinesfalls voll ausschöpfen.

Dem BAG ist zunächst vorzuhalten, daß es auf die Paritätsrelevanz schuldrechtlicher Ansprüche nur beiläufig eingeht.[1617] Das zur Begründung vorgetragene Argument macht deutlich, daß die Bedeutung der Interessen- bzw. Pflichtenkollision, in der sich die potentiell in Anspruch zu nehmenden AG/Unternehmer in vielen Fällen befinden, nicht zutr. erkannt wird. Wie bereits mehrfach ausgeführt wurde, besteht diese Kollision zwischen der Pflicht dieser Personen, an der tariflichen Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftbedingungen mitzuwirken -

---

1615 Vgl. Schulin, ZfA 81, S. 610.

1616 Vgl. Lieb, Arbeitsrecht, S. 153 f.

1617 Das an dieser Stelle im Mittelpunkt stehende Problem wird auf insgesamt 13 Zeilen in den Gründen abgehandelt, vgl. BAG wie Fn. 1613.

u. zu diesem Zweck auch Arbeitskampfmaßnahmen zu führen bzw. zu dulden - u. der schuldrechtlichen Pflicht zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung.[1618] Wenn nun aber das BAG argumentiert, die u.U. bestehenden Schadensersatzansprüche seien als Sanktion für fehlerhaftes Verhalten anzusehen, so ignoriert es damit letztlich die von ihm in anderem Zusammenhang ausdrücklich anerkannte verfassungsrechtliche Gewährleistung von Tarifautonomie u. rechtmäßigen Arbeitskämpfen.[1619] Wenn sich AG zum Zwecke des Abschlusses von TV an rechtmäßigen Arbeitskämpfen beteiligen, so kann ihnen grundsätzlich nicht ein Fehlverhalten vorgeworfen werden, wenn sie allein aus diesem Grund schuldvertragliche Pflichten verletzen.[1620] Dieser Vorwurf wäre allenfalls dann begründet, wenn diese Vertragsverletzungen ihre Ursachen (auch) in außerhalb des Arbeitskampfes liegenden Gründen haben.[1621] Auf diese Möglichkeit ist das BAG aber mit keinem Wort eingegangen. Die Behauptung, LÖWISCH verwische mit seiner Auffassung in unzulässiger Weise Zurechnungskriterien, kann daher nicht aufrechterhalten werden.

LÖWISCH erkennt vielmehr zutr. die bestehende Pflichtenkollision bei den potentiell anspruchsverpflichteten AG/Unternehmern. Sein Lösungsvorschlag ist aufgrund dieser Ausgangsposition nicht nur in sich widerspruchsfrei, sondern weist auch insgesamt in die richtige Richtung. Wenn man davon ausgehen muß, daß begründete privatrechtliche Schadensersatzansprüche aufgrund der damit verknüpften Rechtsfolgen grundsätzlich geeignet sind, auf den jeweiligen Vertragspartner Druck auszu-

---

1618 Diese Kollision führt gerade zur Notwendigkeit der Abstimmung arbeitskampfrechtlicher u. schuldrechtlicher Wertungen.

1619 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils insbes. unter A. I. 1.-3. d.G.; vgl. auch Otto, RdA 81, S. 288 Fn. 49; Seiter, RdA 81, insbes. S. 71.

1620 So im Ergebnis zutr. auch die in dieser Arbeit den Erörterungen als Arbeitshypothese zugrunde gelegte Vorrangtheorie; dazu bereits oben 1. Kap. (S. 126).

1621 Ob dann, wenn neben rechtmäßigen Arbeitskämpfen noch andere Umstände als Ursachen i.S.d. Äquivalenztheorie für Vertragsverletzungen gegenüber kampfunbeteiligten Dritten in Betracht kommen, an diese Umstände angeknüpft werden darf, muß an dieser Stelle nicht entschieden werden; zu dem hinter diesem Problem stehenden Streit zwischen Handlungs- u. Erfolgsunrecht bereits die Hinweise oben 1. Teil (S. 50) sowie die Ausführungen unten 4. Teil, 1. Kap., § 1.

üben, so kann dies nichts anderes bedeuten, als daß dessen Verhandlungsposition auch gegenüber dem sozialen Gegenspieler geschwächt wird, weil er dann eher bereit sein wird, dessen Forderungen gegenüber nachzugeben. Dies bedeutet aber im Ergebnis eine Verschiebung des Machtgleichgewichts bzw. der Chancengleichheit zugunsten der Gewerkschaften.[1622]

Insoweit kann den oben skizzierten Stellungnahmen des Schrifttums m.E. ohne Bedenken gefolgt werden. Andererseits ist darauf hinzuweisen, daß auch diese Auffassungen in bezug auf die vorgetragenen Argumente unvollständig u. mit Mängeln behaftet sind, so daß eine uneingeschränkte Übernahme nicht angezeigt sein kann.

Die Brauchbarkeit dieser Beiträge leidet zum einen darunter, daß die Paritätsrelevanz vertraglicher Schadensersatzansprüche in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Problem der Lohnverweigerung bei mittelbarer Kampfbetroffenheit gebracht wird.[1623] Auf diesen Zusammenhang kommt es aber in dieser Untersuchung gerade nicht entscheidend an. Vielmehr ist davon auszugehen, daß privatrechtliche Schadensersatzansprüche auch dann bestehen (können), wenn der Anspruchssteller nicht mit Lohnzahlungspflichten gegenüber seinen AN, die aus arbeitskampfbedingten Gründen nicht beschäftigt werden können, belastet ist.[1624] Diese Ansprüche stellen nur eine von mehreren denkmöglichen Schadenspositionen dar, die ggf. im Wege von Schadensersatzforderungen u.U. übergewälzt werden können. Es ist auch keineswegs so, daß erst durch die zusätzliche Einbeziehung der Lohnzahlungspflichten ein massiver u. damit paritätsrelevanter Druck erzeugt werden kann. Ein

---

1622 Gegen die abweichende Auffassung des BAG auch Dütz, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8, unter II. 5., wenn er die Frage aufwirft, ob das Problem der privatrechtlichen Haftung nicht die Entwicklung ähnlicher Sonderregeln verlange wie die Verdrängung allgemeiner Risikogrundsätze (Betriebs- u. Wirtschaftsrisiko) durch die Arbeitskampfrisikolehre. Außerdem lasse das BAG die Frage nach Ersatzansprüchen offen, die vom Verschulden der arbeitskampfbetroffenen Unternehmer unabh. seien.

1623 Dies gilt für die oben in den Fn. 1609-1616 zitierten Autoren; anders nur Lieb, Arbeitsrecht, S. 153 f.

1624 In diesem Zusammenhang sei nochmals daran erinnert, daß die potentiellen Anpruchssteller nicht etwa AG sein müssen, so daß das Problem der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung in vielen hier relevanten Fällen von vornherein obsolet ist.

sehr viel wichtigerer Faktor ist insbes. die jeweilige Höhe der geltend gemachten Forderungen.[1625] Da es v.a. aus Gründen der Rechtssicherheit aber nicht angehen kann, die Paritätsrelevanz etwa von der konkreten Höhe einer Schadensersatzforderung in einem konkreten Arbeitskampf abhängig zu machen[1626], ist es m.E. plausibel u. konsequent, wenn man Schadensersatzansprüchen grundsätzlich eine die Kampfparität beeinflussende Wirkung zuspricht, ohne im Einzelfall einen entsprechenden Nachw. zu verlangen.[1627]

Löst man das Problem der Schadensersatzansprüche von der Lohnfortzahlung bei mittelbarer Kampfbetroffenheit ab, so wird auch klar, daß die vom BAG im Zusammenhang mit der Paritätsrelevanz genannten Faktoren "wirtschaftliche Abhängigkeiten" u. "koalitionspolitische Verbindungen" nicht etwa zusätzlich vorliegen müssen.[1628] Dies wird m.E. jedenfalls dann deutlich, wenn man daran erinnert, daß im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen nicht nur die von den o.g. Autoren ausdrücklich oder konkludent genannten Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellationen Relevanz haben.[1629] Dabei handelt es sich außerhalb des Lohnfortzahlungsproblems aber nur um einen, wenn auch wohl den

---

1625 Auf die grundsätzliche Erheblichkeit des Kriteriums "Schadenshöhe" im Hinblick auf die Paritätsrelevanz beim Problem der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung weisen Ehmann/Schnauder, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8, unter C. I. 5. c, hin.

1626 Auch Ehmann/Schnauder wie Fn. 1625 sehen die Schwierigkeiten, die eine praktische Handhabung des Kriteriums "Schadenshöhe" mit sich bringen würde.

1627 Das Abstellen auf reine Einzelfälle wäre auch mit der vom BAG (oben Fn. 1605) geforderten typisierenden Betrachtungsweise bei der Beurteilung der Paritätsrelevanz nicht in Einklang zu bringen. Für die hier vertretene Auffassung spricht im übrigen auch, daß Arbeitskampfmaßnahmen erfahrungsgemäß zu nicht nur unerheblichen Schäden führen, was allerdings wegen der darauf beruhenden Wirkungsmechanismen nicht überraschen kann.

1628 Dagegen spricht bereits die restriktive Auslegung dieser Kriterien, vgl. etwa Bieback/Mayer, AuR 82, S. 179, die erkennbar nur auf das Problem der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung zugeschnitten ist.

1629 Die hier dargestellten Beiträge befassen sich lediglich mit der Paritätsrelevanz von Schadensersatzansprüchen, wobei wiederum nur Lieb, Arbeitsrecht, S. 154 die mögliche Kette von Folgewirkungen bis hin zu den Endverbrauchern berücksichtigt.

häufigsten u. wichtigsten Fall. Bedeutsam im Hinblick auf die Paritätsrelevanz ist dabei insbes., daß nicht nur die AG, sondern auch die Gewerkschaften als potentielle Anspruchsgegner in Betracht kommen.[1630]

Eine letzte krit. Anm. gilt der vorgenommenen Beschränkung des paritätsrelevanten Einflusses auf vertragliche Schadensersatzansprüche. Diesbezüglich ist bereits an anderer Stelle klargestellt worden, daß außer diesen auch noch andere Anspruchsarten in den Fällen arbeitskampfbedingter Auswirkungen auf Rechte kampfunbeteiligter Dritter in Betracht kommen können.[1631] Deren Nichtberücksichtigung wiegt indessen nicht besonders schwer, da vertragliche Erfüllungs- u. Schadensersatzansprüche sowie Rücktrittsrechte systematisch sehr eng miteinander verbunden sind u. Ansprüche aus dem Gesichtspunkt von Abnahmestörungen im Ergebnis bei den hier allein bedeutsamen gegenseitigen Verträgen lediglich das Pendant zu Leistungsansprüchen sind.[1632] Berücksichtigt man, daß auch bereits bei Erfüllungsansprüchen insbes. durch Androhung oder Durchführung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen u.U. massiver Druck auf den Vertragspartner ausgeübt werden kann[1633], so wird m.E. deutlich, daß alle hier einschlägigen Anspruchsarten grundsätzlich Paritätsrelevanz haben. Auf ihre differenzierte Prüfung kann daher verzichtet werden.

Wenn damit feststeht, daß schuldrechtlichen Ansprüchen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, grundsätzlich paritätsbeeinflussende Wirkung zukommt, so bleibt nunmehr zu erörtern, ob die unbeschränkte Zulassung solcher Ansprüche tatsächlich geeignet ist, die Chancengleichheit bzw. das Machtgleichgewicht i.S.d. abstrakt-materiellen Paritätsbegriffs zu beeinträchtigen. Dies würde voraussetzen, daß die sozialen Gegenspieler solchen Ansprüchen - wie bereits geprüft wurde - nicht nur grundsätzlich ausgesetzt sein kön-

---

1630 Zur Relevanz von privatrechtlichen Ansprüchen kampfunbeteiligter aber kampfbetroffener Dritter gegen Gewerkschaften näher bereits oben 2. Teil (S. 94 ff.).

1631 Dazu im einzelnen oben 2. Teil (S. 63 ff.).

1632 Zu den systematischen Zusammenhängen zwischen den einzelnen Anspruchsarten die Hinweise oben 2. Teil (S. 64 ff.).

1633 So zutr. Löwisch, AcP 174, S. 233 f.; ders., BB 74, S. 1495.

nen, sondern hiervon i.d.R. auch ungleichmäßig betroffen werden. Ferner ist zu erörtern, welche Wirkungen sich aus der Verschiebung der Parität im Hinblick auf die Tarifautonomie ergeben.[1634]

bbb) Tatsächliche Beeinflussung der Kampfparität

Bei der Prüfung der tatsächlichen Paritätsrelevanz schuldrechtlicher Ansprüche ist danach zu differenzieren, ob Arbeitskampfmaßnahmen mit dem Ziel des Abschlusses von Firmen-TV geführt werden oder ob Verbands-TV auf diesem Weg angestrebt werden. Diese beiden Fälle weisen im Hinblick auf die Beeinflussung der Kampfparität wesentliche Unterschiede auf.

aaaa) Firmen-Tarifvertrag

Wenn rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen mit dem Ziel des Abschlusses eines Firmen-TV geführt werden[1635], dann sind unmittelbar Kampfbetroffene ein AG sowie die bei ihm beschäftigten AN.[1636] Kampfgegner sind dieser AG sowie die zuständige(n) Gewerkschaft(en).[1637]

Bei dieser Konstellation kommen primär die unmittelbar kampfbetroffenen AG als mögliche Anspruchsgegner vertraglicher Ansprüche in Be-

---

1634 Diese Vorgehensweise findet ihre Begründung darin, daß - wie auch das Recht auf kampfweise Betätigung - die Parität ebenfalls nur eine instrumentelle Funktion im Hinblick auf die Tarifautonomie erfüllt u. daher auch nur insoweit durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet sein kann. Daher muß bei der Abstimmung Arbeitskampfrecht - Schuldrecht an die durch diese Verfassungsnorm unmittelbar gewährleistete Tarifautonomie angeknüpft werden.

1635 Der problematische Fall, ob ein Streik mit dem Ziel eines Firmen-TV gegen einen AG, der Mitglied des zuständigen AG-Verbandes ist, zulässig sein kann, muß hier nicht näher erörtert werden; vgl. dazu den Überblick bei Richardi, AR-Blattei, D, Tarifvertrag XIII, unter E. III.

1636 Zu Begriff u. Inhalt der unmittelbaren Kampfbetroffenheit oben 2. Teil (S. 62 f.).

1637 Dazu Richardi wie Fn. 1635, unter E. I.

tracht.[1638] Gegen die Gewerkschaften kommen solche Ansprüche dann generell nicht zum Zuge, wenn bereits bislang ein Firmen-TV bestand oder aber ein tarifloser Zustand herrschte, was die wohl zahlenmäßig häufigsten Fälle ausmachen wird. Selbst beim Bestehen eines Firmen-TV ist aber allein der jeweilige Vertragspartner gegenüber der Gewerkschaft anspruchsberechtigt, nicht aber sonstige Dritte, da diese nicht in einen solchen TV einbezogen sind.[1639]

Daraus ergibt sich, daß Gewerkschaften bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen, die um einen Firmen-TV geführt werden, grundsätzlich keinen schuldrechtlichen Ansprüchen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, ausgesetzt sein können. Im Hinblick auf die Kampfparität bedeutet dies, daß von den sozialen Gegenspielern allein die AG-Seite, konkret der jeweils bestreikte AG, als Gegner schuldrechtlicher Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter in Betracht kommt. Dadurch muß aber bei Ausklammerung sonstiger Faktoren[1640] von einer Schwächung der Position des AG ausgegangen werden, da dieser, um nicht der schuldrechtlichen Haftung ausgesetzt zu werden, tendenziell eher dazu neigen wird, dem Gegenspieler Zugeständnisse zu machen.[1641]

Betrachtet man nunmehr die Folgewirkungen dieser Paritätsverschiebung für die Tarifautonomie, so ist festzustellen, daß das durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistete Recht der Gewerkschaften, die Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen durch TV zu regeln[1642] zwar nicht unmit-

---

1638 Zu den verschiedenen denkmöglichen Ansprüchen bei dieser Konstellation oben 2. Teil (S. 64 ff.).

1639 Vgl. zur haftungsrechtlichen Situation bei Verstößen gegen tarifvertragliche Pflichten die Ausführungen oben 2. Teil (S. 95 ff.).

1640 Bereits in anderem Zusammenhang (oben unter b, S. 430 u. S. 434) wurde darauf hingewiesen, daß sonstige paritätsbeeinflussende "sozioökonomische Faktoren" in dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben müssen.

1641 Es soll hier nicht verkannt werden, daß die Tendenz zum Nachgeben letztlich wieder von der Größenordnung insbes. möglicher Schadensersatzansprüche abhängen wird; darauf kann es aber wegen der vorzunehmenden typisierenden Betrachtungsweise wiederum nicht ankommen.

1642 Zur Rechtsnatur der Tarifautonomie im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG im einzelnen oben unter I. (S. 294).

telbar durch schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter tangiert wird. Die Gewerkschaften werden aber wegen der zu ihren Gunsten eintretenden Verschiebung in den Machtverhältnissen tendenziell ein Übergewicht erlangen u. damit in die Lage versetzt, ihre Forderungen leichter durchsetzen zu können. Wenn nun aber die Tarifautonomie von annähernd gleich starken sozialen Gegenspielern ausgeht[1643], so kann diese nachhaltige Verbesserung der gewerkschaftlichen Position nicht bedenkenlos hingenommen werden. Eine permanente Machtverschiebung zugunsten der Gewerkschaften würde dazu führen, daß von einem wirklichen Aushandeln des Inhalts von TV nicht mehr die Rede sein kann. Vielmehr wäre ein weitgehend einseitiges Diktat dieser jeweiligen Inhalte nicht auszuschließen.[1644]

Betrachtet man nun die Folgen einer Paritätsverschiebung für die Tarifautonomie aus der Sicht der AG, so können folgende Feststellungen getroffen werden. Würde man auch bei der Führung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen deren schuldrechtliche Haftung grundsätzlich bejahen, so wären sie im Zweifel einer Vielzahl derartiger Ansprüche ausgesetzt, wenn sie aufgrund eines Arbeitskampfes ihre gegenüber kampfunbeteiligten Dritten bestehenden vertraglichen Pflichten nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen könnten. Es würde sich für sie dann die Entscheidungsalt. stellen, entweder den Forderungen der Gewerkschaft nachzugeben u. einen Firmen-TV zu deren Bedingungen abzuschließen oder ihren Vertragspartnern nach schuldrechtlichen Wertungen einzustehen. Entschließen sie sich für die zuerst genannte Alt., so hätten sie den Vorteil, nach Tarifabschluß für die Dauer der Laufzeit dieses TV nicht mehr mit Arbeitskampfmaßnahmen ihres sozialen Gegenspielers überzogen zu werden u. damit keine Störungen bzw. Unterbrechungen des Produktionsprozesses befürchten zu müssen. Damit wäre auch

---

1643 Annähernde Chancengleichheit der sozialen Gegenspieler als Funktionsvor. der Tarifautonomie (oben vor Fn. 1506).

1644 Es wäre dann selbstverständlich nicht mehr sichergestellt, daß die TV zu einem tatsächlichen Machtausgleich zwischen den sozialen Gegenspielern führen u. eine "materielle Richtigkeitsgewähr" bieten würden, was aber letztlich wohl der wesentliche Grund für die Privilegierung der Tarifautonomie durch die Rechtsordnung ist; vgl. zu diesen Erfordernissen BAG v. 3.10.69, AP Nr. 12 zu § 15 AZO, unter IV. 3. d.G.; BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. I. 1, c, d.G.

eine schuldrechtliche Haftung aus diesem Gesichtspunkt obsolet. Diese Strategie hätte allerdings den Nachteil, daß die AG Arbeitsbedingungen zustimmen, die dem ökonomischen Kalkül widersprechen u. mittel- oder langfristig Folgen zeigen, die die kurzfristigen Nachteile, die aus ihrer schuldrechtlichen Haftung resultieren, nicht nur ausgleichen, sondern u.U. überkompensieren können. Entschließen sie sich für die oben aufgeführte zweite Alt., würden sich die gerade aufgeführten Vor- bzw. Nachteile genau umkehren.

Diese Zusammenhänge zeigen m.E., daß die AG beim Firmen-TV immer vor zwei möglichen eintretenden Situationen stehen, die beide mit erheblichen Nachteilen verbunden sein können. Wenn ihnen nun aber nach der hier vertretenen Auffassung Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auch ein subjektives Recht zur eigenverantwortlichen Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftbedingungen durch TV gewährt[1645], dann dürfen sie nicht vor die gerade aufgezeigte Wahl zwischen zwei "Übeln" gestellt werden. Vielmehr ist sicherzustellen, daß eine Entscheidung, welche Arbeitsbedingungen konkret zugestanden bzw. mit der zuständigen Gewerkschaft vereinbart werden, keinen Beeinflussungen durch Erwägungen unterliegt, die mit der Regelung von Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen in keinem inneren Zusammenhang stehen. Dies würde aber im Falle der grundsätzlichen Bejahung der schuldrechtlichen Haftung gerade vorliegen, da diese mit dem Verhältnis der sozialen Gegenspieler, auf das es im Hinblick auf den Abschluß von TV allein ankommt[1646], nichts unmittelbar zu tun hat. Dieses eben umrissene Ziel, die Entscheidungsfreiheit des AG zu erhalten, kann aber zuverlässig nur dadurch realisiert werden, indem man in den Fällen rechtmäßiger Arbeitskämpfe im Hinblick auf den Abschluß von Firmen-TV die Möglichkeit des Eintretens einer schuldrechtlichen Haftung auch insoweit verneint, als es sich bei den diesbezüglich einschlägigen Rechtsfolgen um solche handelt, die nach der hier vertretenen Auffassung

---

1645 Bei diesem Recht handelt es sich um ein Grundrecht des einzelnen AG, das sich unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ergibt; § 2 Abs. 1 TVG hat insoweit nur klarstellende Funktion, dazu näher oben unter I. (S. 306 ff., insbes. S. 309).

1646 Als potentielle Parteien von TV kommen primär die in § 2 Abs. 1 TVG genannten Personen bzw. Verbände, d.h. die sozialen Gegenspieler in Betracht.

über Privatautonomie u. Vertragsfreiheit ebenfalls Verfassungsrang innehaben. Dies kann aber nichts anderes bedeuten, als daß bei rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen die daraus resultierenden Rechtsfolgen u. Wertungen den Vorrang vor entgegenstehenden Rechtsfolgen u. Wertungen des Schuldrechts haben müssen.

Dieser Argumentation kann nicht der zutr. Hinweis, Tarifautonomie u. Arbeitskampf hätten primär eine gesamtwirtschaftliche Perspektive[1647], entgegengehalten werden. Daraus folgt nicht etwa zwangsläufig, daß es unerheblich ist, ob eine oder mehrere tariffähige Personen beim Abschluß eines TV behindert werden. Zuzugeben ist, daß die Tarifautonomie nur dann in der vom Verfassungsgeber vorgesehenen Weise funktionieren kann, wenn nicht nur wenige, sondern im Zweifel die Arbeitsbedingungen aller Arbeitsverhältnisse einer Volkswirtschaft durch TV - ggf. auch mittelbar -[1648] geregelt werden. Andernfalls wäre der staatliche (einfache) Gesetzgeber selbst zur Regelung der Arbeitsbedingungen gezwungen. Dies soll aber durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gerade verhindert bzw. nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zugelassen werden.[1649] Mit dem primär gesamtwirtschaftlichen Charakter der Tarifautonomie steht ihre verfassungsrechtliche Gewährleistung (auch) als Einrichtungsgarantie[1650] durchaus im Einklang. Es darf in diesem Zusammenhang aber nicht übersehen werden, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht nur die Tarifautonomie als solche, sondern auch das subjektiv-

---

1647 So Wiedemann/Stumpf, TVG, Einl., Rdnr. 1 (Erfüllung allgemeiner wirtschaftlicher u. sozialpolitischer Aufgaben). Zur gesamtwirtschaftlichen Perspektive von Arbeitskämpfen Mühlen, Schädigung von Drittbetrieben, S. 12.

1648 Dies kann außer durch unmittelbare Geltung von Tarifnormen in den Fällen der Tarifgebundenheit insbes. durch einzelvertragliche Bezugnahme auf tarifliche Regelungen - dazu näher etwa von Hoyningen-Huene, RdA 74, S. 139 ff.; Wiedemann/Stumpf, TVG, § 3, Rdnr. 84 ff. m.w.N. - oder durch AVE von TV (§ 5 TVG) erfolgen.

1649 Vgl. dazu etwa Säcker, AR-Blattei, D, Tarifvertrag I C, unter I. 1. (Vorrang von tariflichen vor gesetzlichen Regelungen innerhalb des durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Zuständigkeitsbereichs). Eine Zuständigkeit des Gesetzgebers innerhalb dieses Rahmens ist lediglich durch das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (vgl. BGBl. 1952 I, S. 17 ff.) eröffnet, wobei sich aus § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes die Subsidiarität gesetzlicher Regelungen ergibt.

1650 Dazu statt vieler Rüthers, Tarifmacht, S. 11.

öffentliche u. das subjektiv-private Recht einer einzelnen tariffähigen Person zum Abschluß von TV gewährleistet.[1651] Damit wäre es aber nicht vereinbar, wollte man einzelnen AG die Berufung auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG mit dem Hinweis abschneiden, die von ihnen abgeschlossenen bzw. abzuschließenden Firmen-TV bezögen sich nur auf die Interessen weniger AG u. AN u. leisteten daher keinen Beitrag im Hinblick auf die gesamtwirtschaftlich ausgerichtete tarifliche Regelung von Arbeitsbedingungen. Wenn die Möglichkeit zum Abschluß von Firmen-TV nicht nur verfassungsrechtlich verankert, sondern auch durch den einfachen Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 TVG auch noch ausdrücklich klargestellt wird, dann ist es nicht einzusehen, warum Firmen-TV im Vergleich zu Verbands-TV einen geringeren Schutz vor Aushöhlung genießen sollen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß sich die gesamtwirtschaftliche Regelung von Arbeitsbedingungen aus einer Vielzahl verschiedener TV ergibt, die durchaus beträchtliche inhaltliche Unterschiede aufweisen können.[1652] Warum Firmen-TV diesbezüglich von untergeordneter Bedeutung sein sollen, ist nicht einzusehen, wenn man nur daran erinnert, daß die Gewerkschaften selbst vor nicht allzulanger Zeit die sog. betriebsnahe Tarifpolitik proklamiert haben[1653] u. auch gegenwärtig Firmen-TV zahlenmäßig keineswegs von untergeordneter Bedeutung

---

1651 Diese Konsequenz folgt daraus, daß die systematisch zur kollektiven Koalitionsfreiheit zu zählenden Gewährleistungsbereiche (dazu bereits oben unter I., S. 265 ff.) nach der hier vertretenen Auffassung von den individuellen Gewährleistungen, die Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG als individuelles Freiheitsrecht enthält, abhängig sind. Die Gegenansicht, die die Tariffähigkeit des einzelnen AG nur aus § 2 Abs. 1 TVG ableitet - so Nipperdey/Säcker, AR-Blattei, D, Tarifvertrag II A, unter I. 2. c, aa,, wo der einzelne AG als gesetzlich gekorener Träger der Tariffähigkeit bezeichnet wird - führt wegen des auf diesem Weg versagten verfassungsrechtlichen Schutzes u.a. dazu, daß Firmen-TV gegenüber Verbands-TV "TV 2. Klasse" darstellen. Dies ist aber m.E. mit dem Inhalt von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht in Einklang zu bringen.

1652 Ohne hier einzelne konkrete Tarifregelungen gegenüberstellen zu müssen, sei nur beispielhaft auf die innerhalb verschiedener Branchen unterschiedlichen Durchführungsformen von Arbeitszeitverkürzungen hingewiesen, die erstmals in der Tarifrunde des Jahres 1984 eine zentrale Rolle spielten.

1653 Vgl. dazu die Hinweise bei Buchner, DB 70, S. 2025; Nipperdey/Säcker, Tarifvertrag II A, unter I. 2. c, bb,; Richardi, AR-Blattei, D, Tarifvertrag XIII, unter A. II. 1. m.w.N. Zu Inhalt u. Effizienz dieser Strategie ausf. etwa Kriebel, Zentralisation, S. 28 ff. u. S. 79 ff.

sind.[1654] Aus der relativ großen gegenseitigen Abhängigkeit der einzelnen Unternehmen innerhalb der deutschen Volkswirtschaft ergibt sich ferner die Notwendigkeit zur Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Daten u. Faktoren auch beim Abschluß von Firmen-TV durch kleinere Unternehmen. Dies kann als weiterer Beleg für die hier entwickelte Auffassung angesehen werden.

bbbb) Verbands-Tarifvertrag

Der Abschluß dieser Form des TV ist der in der tarifpolitischen Praxis zahlenmäßig zweifellos häufigere Fall.[1655] Als Vertragsparteien stehen sich hier Gewerkschaften u. AG-Verbände, also auf beiden Seiten Kollektive gegenüber.[1656] Beim Verbandsarbeitskampf sind diese gleichzeitig Kampfgegner. Unmittelbar kampfbetroffen sind demgegenüber nur die einzelnen Mitglieder des AG-Verbandes sowie die bei diesen AG beschäftigen AN.[1657]

Haftungsrechtlich besteht folgende Rechtslage.[1658] Vertragliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter gegen den AG-Verband scheitern von vornherein am Fehlen unmittelbarer schuldvertraglicher Beziehungen. Solche Rechtsbeziehungen können nur im Verhältnis zu den einzelnen Mitgliedern dieses Verbandes bestehen. Insoweit gelten die Ausführungen zur Haftung beim Firmen-TV entsprechend. Die Gewerkschaften können bei dieser Konstellation wegen schuldhafter Verletzung von TV in An-

---

1654 Zur zahlenmäßigen Relation von Firmen- u. Verbands-TV die Angaben bei Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 68 (Geltung von ca. 28.000 Verbands- u. ca. 15.000 Firmen-TV nach dem Stand von 1983).

1655 Zur zahlenmäßigen Bedeutung die Anhaltspunkte bei Gamillscheg wie Fn. 1654; vgl. auch Meisel, Anm. zu BAG v. 6.3.79, AP Nr. 20 zu § 102 BetrVG 1972, unter 2. (relativ seltener Fall eines Arbeitskampfes um den Abschluß eines Firmen-TV).

1656 Vgl. etwa Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 58; Söllner, Arbeitsrecht, S. 124.

1657 Zur Unterscheidung zwischen Kampfparteien u. unmittelbarer Kampfbetroffenheit schon oben unter aaaa, (S. 457).

1658 Dazu ausf. oben 2. Teil (S. 98 ff.).

spruch genommen werden. Anspruchsberechtigt sind aber allein die einzelnen Mitglieder desjenigen kampfführenden AG-Verbandes, der Partei des verletzten TV ist.

Daraus ergibt sich zunächst unmittelbar, daß das Machtgleichgewicht zwischen den sozialen Gegenspielern beim Verbandsarbeitskampf durch schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter allenfalls zuungunsten der Gewerkschaften verschoben werden kann. Allerdings bedarf selbst diese sehr allgemein gehaltene Feststellung noch der Relativierung, da schuldhafte Verletzungen von TV durch Gewerkschaften i.d.R. ohnehin zur Rechtswidrigkeit der entsprechenden Arbeitskampfmaßnahmen führen werden.[1659] Dieser Fall ist im hier zu behandelnden Zusammenhang aber irrelevant, da es insoweit auch nach der hier vertretenen Auffassung bei der grundsätzlichen schuldrechtlichen Haftung sein Bewenden haben muß.[1660]

Damit ist aber die Frage nach der möglichen Beeinflussung der Kampfparität beim Verbands-TV noch nicht abschließend beantwortet, soweit die AG-Seite von der privatrechtlichen Haftung betroffen ist. Die Aufmerksamkeit ist nunmehr auf das Verhältnis von AG-Verband zu seinen einzelnen Mitgliedern zu richten. Da es sich bei den AG-Verbänden i.d.R. um rechtsfähige Vereine handelt[1661], besteht zwischen diesen u. den einzelnen Mitgliedern ein Mitgliedschaftsverhältnis, auf das §§ 21 ff. BGB unmittelbar anzuwenden sind.[1662] Daraus ergeben sich gegenseitige Rechte u. Pflichten. Zu den Pflichten der Mitglieder gehört u.a.

1659 Verletzungen bestehender TV haben ihre Ursache regelmäßig in der Nichterfüllung der tariflichen Friedenspflicht; dies hat nach ganz h.M. aber die Rechtswidrigkeit auch eines gewerkschaftlich geführten Streiks zur Folge (im einzelnen bereits oben unter I., S. 343).

1660 Wie bereits an anderer Stelle (oben unter II., S. 394 f.) klargestellt wurde, führen arbeitskampfrechtliche Wertungen bei Schädigungen kampfunbeteiligter Dritter durch rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen nicht zu einer Modifikation bzw. Verdrängung der schuldrechtlichen Haftung.

1661 Vgl. etwa Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, S. 86, S. 87 u. S. 183; Schaub, Handbuch, S. 1113; Söllner, Arbeitsrecht, S. 66.

1662 Vgl. z.B. Staudinger/Coing, BGB, § 35, Rdnr. 3; vgl. auch Hueck/Nipperdey wie Fn. 1661, S. 183 (AG-Verbände als nichtwirtschaftliche Vereine i.S.v. § 21 BGB).

auch die Teilnahme an wichtigen Beschlußfassungen[1663], wozu auch Urabstimmungen über die Durchführung von Aussperrungen im Rahmen eines Arbeitskampfes zu zählen sind.[1664] Auf diesem Weg besteht somit allgemein für die einzelnen Mitglieder die Möglichkeit, unmittelbar auf die Willensbildung des Verbandes Einfluß zu nehmen. Wenn z.B. nur einzelne, nicht die Mehrheit der Mitglieder die Arbeitskampfmaßnahmen gegen den sozialen Gegenspieler - mit Rücksicht z.B. auf ihre schuldvertraglichen Pflichten gegenüber Dritten - ablehnen, so wird dies zwar auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht die Rechtswidrigkeit dennoch geführter Arbeitskämpfe zur Folge haben.[1665] Wenn dabei aber die Interessen dieser Mitglieder grob verletzt werden, so können diese gegen den Verband vorgehen. Die h.M. erkennt jedenfalls im Ergebnis Schadensersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt der Verletzung des Mitgliedschaftsverhältnisses an.[1666] Ferner wird man zumindest in extremen Fällen betroffenen Mitgliedern ein a.o. Austrittsrecht zubilligen müssen.[1667] Auf diesen hier nur beispielhaft angedeuteten Wegen kann somit beträchtlicher Druck auf den Verband selbst ausgeübt werden u. dieser im Hinblick auf sein Verhalten gegenüber dem sozialen Gegenspieler beeinflußt werden. Da nun aber der schuldrechtlichen Haftung der einzelnen Verbandsmitglieder im Vergleich zu den Gewerkschaften

---

1663 Vgl. z.B. Hueck/Nipperdey wie Fn. 1661, S. 185; MünchKomm/Reuter, BGB, § 38, Rdnr. 3.

1664 Vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 1661, S. 185.

1665 Zur Bedeutung von Urabstimmungen für die rechtliche Beurteilung von Arbeitskampfmaßnahmen oben unter I. (S. 347 f.).

1666 Vgl. Soergel/Schultze-v. Lasaulx, BGB, § 31, Rdnr. 32; Staudinger/Coing, BGB, § 31, Rdnr. 11; krit. MünchKomm/Reuter, BGB, § 31, Rdnr. 16. M.E. ist derjenigen Auffassung, die als Dritte i.S.v. § 31 BGB auch Vereinsmitglieder ansieht, der Vorzug zu geben; andernfalls wären diese Personen bei schuldhaften Verletzungen der Mitgliedschaftsbeziehung durch Vereinsorgane auf deliktische Ansprüche (§§ 823 ff. BGB) angewiesen, was wegen der häufig schwierigen Realisierung dieser Ansprüche aber unbefriedigend wäre.

1667 Dieser Auffassung steht weder § 7 Abs. 1 der Satzung der BdA (abgedruckt bei Krüger, AR-Blattei, D, Berufsverbände IV, Bl. 11 ff.) noch § 39 Abs. 2 BGB entgegen, da das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund von diesen Vorschriften nicht berührt wird, vgl. MünchKomm/Reuter, BGB, § 39, Rdnr. 5; Soergel/Schultze-v. Lasaulx, BGB, § 39, Rdnr. 5 (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung); Staudinger/Coing, BGB, § 39, Rdnr. 4.

gegenüber kampfunbeteiligten Dritten erheblich mehr Bedeutung zukommt[1668], bedeutet dies nichts anderes, als daß der paritätsrelevante Druck schuldrechtlicher Ansprüche auf die AG-Seite ungleich stärker ist. Damit bestehen aber im Ergebnis keine grundsätzlichen Unterschiede mehr zur Konstellation des Firmen-TV. Die Chancengleichheit wird auch hier tendenziell zuungunsten der AG-Seite verschoben.

Damit steht aber m.E. auch fest, daß auf dem gerade skizzierten Weg auch wiederum ein negativer Einfluß auf die Tarifautonomie erfolgt. Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt wurde, ist auch das Recht der AG-Verbände, zur Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen TV abzuschließen, durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet.[1669] Der Unterschied gegenüber der Situation beim Firmen-TV besteht lediglich darin, daß die einzelnen Verbandsmitglieder formal nicht selbst über den Abschluß von TV entscheiden, sondern insoweit der Verband tätig wird.[1670] Auf dessen Entscheidung kann aber in der gerade aufgezeigten Art u. Weise eingewirkt werden. Berücksichtigt man, daß die AG-Verbände gem. ihren Satzungen die Interessen aller ihrer Mitglieder zu wahren haben[1671] - wozu auch der Abschluß von TV zählt, die dem gemeinsamen Besten dienen -, so würde die Realisierung dieses Ziels dadurch mit einiger Wahrscheinlichkeit vereitelt werden können, wenn man die Schwächung des Verbandes durch seine einzelnen Miglieder zuließe.

1668 Zur untergeordneten Bedeutung der privatrechtlichen Haftung von Gewerkschaften gegenüber kampfunbeteiligten Dritten näher oben 2. Teil (S. 116).

1669 Oben unter I. (S. 269). Auf die unterschiedliche dogmatische Konstruktion im Vergleich zum verfassungsrechtlichen Schutz des einzelnen AG kommt es für dieses Ergebnis nicht an.

1670 Dies beruht aber allein darauf, daß Partei des TV allein der AG-Verband wird u. dieser konsequenterweise auch die entsprechenden Vertragsverhandlungen führt.

1671 Vgl. exemplarisch § 1 Abs. 1 der Satzung der BdA (Nachw. wie Fn. 1667).

Diese Zusammenhänge gelten m.E. nicht nur dann, wenn einzelne Verbandsmitglieder sich der schuldrechtlichen Haftung unmittelbar ausgesetzt sehen, weil sie selbst bestreikt werden oder selbst aussperren. Auch dann, wenn sich arbeitskampfbedingte Störungen fortpflanzen u. aus diesem Grund mittelbar betroffene Betriebe derartigen Ansprüchen ihrer Vertragspartner gegenüberstehen, lassen sich paritätsrelevante Wirkungen schuldrechtlicher Ansprüche nicht einfach leugnen. Letztlich bestehen entweder unmittelbar oder ggf. unter Zwischenschaltung weiterer Personen immer schuldvertragliche Beziehungen der mittelbar Geschädigten auch zu den unmittelbar kampfbetroffenen AG/Unternehmern. Über diese Beziehungen kann aber ebenfalls beträchtlicher Druck ausgeübt werden, indem z.B. mit dem Abbruch solcher Geschäftsbeziehungen gedroht oder dieser gar vollzogen wird. Auf diesem Weg kann auch veranschaulicht werden, daß es im Gegensatz zu einer bisweilen im Zusammenhang mit dem oben skizzierten Problem der Lohnverweigerung vertretenen Auffassung nicht darauf ankommen kann, ob unmittelbar u. mittelbar Kampfbetroffene im Geltungsbereich desselben TV bzw. innerhalb desselben Tarifgebietes angesiedelt sind.[1672] Diese starre Grenze wäre zwar im Hinblick auf Rechtssicherheit u. Kalkulierbarkeit zweifellos brauchbar, andererseits aber wegen der vielfältigen vertraglichen Beziehungen, die eine wesentliche Ursache in der weitgehenden Arbeitsteilung haben, willkürlich. Sie führt daher hier nicht wei-

---

1672 Es stellt sich damit heraus, daß die von Schmid, NJW 79, S. 17 vertretene Auffassung, kampfparitätische Erwägungen würden bei den hier zu lösenden Haftungsfragen keinen Beitrag leisten können, da der Grundsatz der Kampfparität unmittelbar nur im Verhältnis der sozialen Gegenspieler zueinander gelte u. eine Anwendung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten ausscheide, nur vordergründig zutr. ist. Zwar ist es richtig, daß es bei der Prüfung, ob annähernde Chancengleichheit besteht, in der Tat auf das Verhältnis zwischen den sozialen Gegenspielern ankommt. Schmid übersieht aber, daß dieses Verhältnis auch durch Faktoren beeinflußt werden kann, die ihre Entstehungsursachen außerhalb dieser Beziehung haben, aber hierauf unmittelbar einwirken. Wäre Schmid's Ansicht richtig, würden sich auch Lohnzahlungspflichten mittelbar kampfbetroffener Betriebe in vielen Fällen nicht paritätsbeeinflussend auswirken können. Wie hier im Ergebnis Lieb, Arbeitsrecht, S. 154, der davon ausgeht, daß die Fernwirkungen von Arbeitskämpfen aus Paritätsgesichtspunkten letztlich von den Endverbrauchern getragen werden müssen. Dies kann nichts anderes bedeuten, als daß der personelle Geltungsbereich der Vorrangtheorie nicht auf das Verhältnis von unmittelbar kampfbetroffenen AG zu ihren direkten Vertragspartnern beschränkt sein kann.

ter.[1673]

Die oben bejahte Paritätsverschiebung u. die daraus resultierende negative Beeinflussung der Tarifautonomie kann m.E. wie auch beim Firmen-TV nur dadurch zuverlässig beseitigt werden, daß bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen, die mit dem Ziel des Abschlusses von Verbands-TV geführt werden, schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter im Ergebnis nicht begründet sein dürfen. Dadurch wird sichergestellt, daß jedenfalls aus diesem Grund der jeweils zuständige AG-Verband nicht beeinflußt u. dessen verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtspositionen nicht eingeschränkt werden.

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß schuldrechtliche Ansprüche kampfunbeteiligter Dritter tendenziell zu einer Verschiebung der Kampfparität zuungunsten der AG-Seite führen. Dadurch wird wiederum auch die Tarifautonomie insgesamt negativ beeinflußt[1674], da deren Funktionsfähigkeit u.a. auch zur Vor. hat, daß sich annähernd gleich starke soziale Gegenspieler gegenüberstehen, wenn Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen durch TV geregelt werden. Wenn nach der hier vertretenen Auffassung auch das Recht auf kampfweise Betätigung als Bestandteil der Tarifautonomie verfassungsrechtlich gewährleistet wird, so muß zunächst davon ausgegangen werden, daß dieses Recht auch dann nicht durch schuldrechtliche Wertungen eingeschränkt werden darf, wenn diese im Ergebnis ebenfalls Verfassungsrang innehaben.

1673 Dies beruht i.w. darauf, daß im Gegensatz zum Problem der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung, wo nur Ansprüche im Verhältnis AN-AG in Betracht kommen, bei der privatrechtlichen Haftung verschiedene potentielle Anspruchssteller auftreten können, die nicht in arbeitsvertraglichen Beziehungen zu den möglichen Anspruchsgegnern stehen.

1674 Die Verschiebung der Kampfparität führt - unter sonst gleichen Umständen - zur Änderung der Verhandlungsparität u. damit auch zu einer Verschiebung der Machtverhältnisse bei den Tarifverhandlungen insgesamt.

d) Personeller und räumlicher Geltungsbereich eines teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht

Die eben gewonnene vorläufige Bestätigung der oben[1675] in Form einer Arbeitshypothese zugrunde gelegten Vorrangtheorie beansprucht Geltung unabh. davon, ob es sich bei den kampfunbeteiligten aber kampfbetroffenen Dritten um Unternehmer oder aber um Endverbraucher handelt. Eine u.U. gleichzeitig vorliegende AG-Eigenschaft ist - im Gegensatz zur Situation der unmittelbaren Kampfbetroffenheit - nicht Vor., schadet aber andererseits auch nicht. Weiterhin müssen zwischen dem tatsächlichen Anspruchssteller u. dem unmittelbar kampfbetroffenen Anspruchsgegner keine direkten Rechtsbeziehungen bestehen. Es genügt vielmehr, wenn sich die Auswirkungen eines Arbeitskampfes über mehrere Stationen im Produktionsprozeß fortpflanzen u. bei jeder zwischengeschalteten Stufe Schäden eintreten, die vom jeweils vorgelagerten Vertragspartner grundsätzlich nach allgemeinen schuldrechtlichen Wertungen geltend gemacht werden könnten.[1676] Unerheblich ist eine mögliche räumliche Verbindung zwischen Anspruchssteller u. Anspruchsgegner, wie sie etwa beim Kriterium des Tarifgebietes zum Ausdruck kommen würde.[1677] Entscheidend ist allein, daß die Kampfparität auch bei mittelbaren Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen i.d.R. beeinflußt werden wird.[1678]

Die gerade skizzierten Grundsätze gelten auch dann, wenn der Staat durch arbeitskampfbedingte Folgewirkungen Schäden erleidet. Dieser Fall kann nur dann eintreten, wenn der Staat als Fiskus am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Eine Besserstellung gegenüber den übrigen potentiell kampfbetroffenen privaten Personen bzw. Vereinigungen ist somit nicht zu rechtfertigen. Der Staat als Hoheitsträger wiederum kann in dieser Eigenschaft keine vermögenswerten Nachteile erleiden,

---

1675 Dazu oben 1. Kap. (S. 126).

1676 Nach der hier vertretenen Auffassung (oben 2. Teil, S. 115 f.) ist dabei keine Beschränkung auf vertragliche Ansprüche vorzunehmen.

1677 Damit verbieten sich weitergehende Parallelen zum Geltungsbereich der Grundsätze zur arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung.

1678 Wie hier im Ergebnis Lieb, Arbeitsrecht, S. 154 (kampfparitätische Überlegungen führen letztlich dazu, daß arbeitskampfbedingte Auswirkungen von der Vielzahl der Endverbraucher zu tragen sind).

so daß auch insoweit keine Einschränkungen der Vorrangtheorie angezeigt sind.[1679]

e) Verhältnismäßigkeit des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht

Das bisher abgeleitete Zwischenergebnis bedarf nunmehr noch der Überprüfung anhand des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Dieser ist bei der Abstimmung von verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten als Leitprinzip heranzuziehen.[1680] Daher ist zu prüfen, ob der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht zu einer optimalen Entfaltung beider innerhalb dieser Teilrechtsgebiete gewährleisteten Rechte führt bzw. ob nicht durch die hier entwickelte Lösung der bestehenden Kollisionslage eines dieser Rechte unverhältnismäßig eingeschränkt wird. Dazu sind die bereits behandelten Teilaspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes heranzuziehen.[1681]

aa) Geeignetheit

Der hier vertretene teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts hat zur Folge, daß die auf Verfassungsebene bestehende Kollisionslage mit einem Teil der schuldrechtlichen Rechtsfolgen eindeutig, zuverlässig u. vorhersehbar gelöst wird. Die bei der Prüfung der Geeignetheit notwendige Kausalitätsbeziehung zwischen Mittel u. Ziel liegt ebenfalls vor.[1682] Da aufgrund der vorzunehmenden ex ante-Betrachtung an das

---

1679 Zu den Konsequenzen der möglichen Erscheinungsformen des Staates im Hinblick auf die privatrechtliche Haftung bereits die Hinweise oben § 1 (S. 185 u. Fn. 336).

1680 Zur Begründung für diese Vorgehensweise oben unter I. (S. 321 ff.).

1681 Dazu im einzelnen oben unter I. (S. 331 f.).

1682 Begründung: Denkt man sich gem. der Äquivalenztheorie den teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts hinweg, dann würde die bestehende Kollisionslage einseitig zugunsten derjenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, gelöst werden.

jeweils herausgegriffene Mittel keine zu strengen Anforderungen gestellt werden dürfen, ist m.E. die Geeignetheit der hier entwickelten Lösung im Hinblick auf das zu realisierende Ziel grundsätzlich zu bejahen.

bb) Erforderlichkeit

Zwar ist zuzugeben, daß zur eindeutigen Lösung der bestehenden Grundrechtskollision außer der hier herangezogenen theoretisch zumindest noch eine weitere Alt. ebenfalls als geeignet anzusehende Lösungsmöglichkeit zur Verfügung stehen würde.[1683] Es handelt sich dabei um die genau entgegengesetzte Konstellation, Vorrang des Schuldrechts vor dem Arbeitskampfrecht.

Diese Alt. wäre aber von vornherein mit dem erheblichen Nachteil behaftet, daß bei Übernahme dieser Lösung außer dem Recht auf kampfweise Betätigung auch noch andere durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistete Rechte bzw. Rechtsgüter, die ebenfalls durch schuldrechtliche Rechtsfolgen tangiert werden können, hinter diese Wertungen zurücktreten müßten. Demgegenüber ist die hier vertretene Lösung wohl als das im Hinblick auf die gegenseitige Abstimmung der beteiligten Rechte mildere Mittel anzusehen, da hierbei nicht ein Recht von vornherein auf Kosten des anderen realisiert wird.[1684]

cc) Proportionalität

Auch dieser Teilaspekt ist bei der bisher entwickelten Lösung erfüllt. Der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts führt nicht etwa dazu, daß die schuldrechtlichen Rechtsfolgen bei arbeitskampfbedingten Aus-

---

1683 Die dritte theoretisch mögliche Konstellation - Gleichrang beider Teilrechtsgebiete - kann aus dem oben vor § 1 (S. 129 Fn. 56) genannten Grund keinen brauchbaren Beitrag zur Lösung der Kollisionslage leisten.

1684 Da der Vorrang des Arbeitskampfrechts nicht allgemein gilt, bleibt auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der schuldrechtlichen Rechtsfolgen in einem weiten Anwendungsbereich unberührt.

wirkungen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter überhaupt nicht mehr zur Anwendung kommen können. Vielmehr sind im Hinblick auf ein Zurücktreten schuldrechtlicher Wertungen folgende wesentliche Einschränkungen zu machen.

Zunächst gilt dieser Satz nur für rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen.[1685] Wenn in diesem Zusammenhang auch zuzugeben ist, daß das Gros der Arbeitskämpfe, betrachtet man die Entwicklung insbes. seit 1955, in diese Kategorie fällt, so bleiben dennoch eine Reihe von auch zahlenmäßig nicht ganz unbedeutenden Fällen, in denen auch die schuldrechtliche Haftung als Sanktionsmöglichkeit grundsätzlich erhalten bleibt.[1686]

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß es sich bei Arbeitskampfmaßnahmen in praxi immer nur um vorübergehende Erscheinungen handelt. Dies gilt für eine Reihe von Arbeitskampfformen bereits begrifflich.[1687] Für andere folgt es aus einer ex post-Betrachtung des bisherigen Arbeitskampfgeschehens in unserer Rechtsordnung.[1688]

Schließlich ist es m.E. in diesem Zusammenhang auch nicht bedeutungslos, daß Arbeitskämpfe innerhalb unserer Rechtsordnung seit 1945 bei einer Gesamtbetrachtung zahlenmäßig bislang eine relativ unbedeutende Rolle spielten.[1689] Die Masse der Tarifabschlüsse ist nachweisbar auf dem Verhandlungswege ohne Unterstützung durch Arbeitskämpfe zu-

---

1685 Dazu im einzelnen oben unter I. (S. 387: lediglich verfassungsrechtliche Gewährleistung von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen).

1686 Vgl. dazu die Ausführungen zu denjenigen Arbeitskampfformen, die als grundsätzlich rechtswidrig anzusehen sind (oben unter I., S. 363).

1687 Zu den bereits begrifflich von vornherein befristeten Arbeitskampfformen näher die Hinweise oben unter I. (S. 353 ff.).

1688 Dies gilt für den Erzwingungsarbeitskampf, der nur per definitionem unbefristet ist.

1689 Vgl. dazu die Hinweise u. Zahlenangaben bei Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 146. Diese Feststellung beansprucht m.E. auch für die jüngste Vergangenheit Geltung, wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß sich insbes. durch die Forderung nach genereller Arbeitszeitverkürzung das Klima zwischen den sozialen Gegenspielern seit 1983 spürbar verschlechtert hat.

stande gekommen, so daß sich das Problem der schuldrechtlichen Haftung auch gegenüber kampfunbeteiligten Dritten nicht sehr häufig stellen konnte.[1690]

Insgesamt ist daher festzustellen, daß diejenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, nur dann zurücktreten müssen, wenn kampfunbeteiligte Dritte durch relativ seltene, zeitlich befristete rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen betroffen werden. Da diese Rechtsfolgen aber ein sehr viel weiter gespanntes Anwendungsgebiet haben[1691], kann m.E. nicht behauptet werden, daß Privatautonomie u. Vertragsfreiheit ausgehöhlt werden, wenn man den Eintritt dieser Rechtsfolgen in den eben nochmals zusammenfaßten Fällen ablehnt. Die Vertragsfreiheit unterliegt im übrigen in einigen Beziehungen sehr viel weitergehenden Beschränkungen[1692], ohne daß bislang insoweit ernsthaft behauptet wurde, ihre Funktionsfähigkeit werde dadurch beeinträchtigt.[1693]

Der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts hat somit keine unverhältnismäßige Einschränkung von Privatautonomie u. Vertragsfreiheit zur Folge. Das hier abgeleitete Ergebnis führt vielmehr dazu, daß beide verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte grundsätzlich erhalten

---

1690 Darin liegt eine wichtige Ursache für die bislang geringe praktische Relevanz dieser privatrechtlichen Haftung (vgl. dazu auch die Hinweise oben Einl. (S. 9 f.) u. 1. Teil (S. 14 Fn. 1).

1691 Sie gelten wegen der Gesetzessystematik insbes. außerhalb arbeitskampfrechtlicher Fragestellungen zunächst ohne grundsätzliche Einschränkungen.

1692 Vgl. dazu insbes. die Einschränkungen im Rahmen des Arbeitsvertrags- u. Mietrechts, die die wohl wesentlichen Teilaspekte der Vertragsfreiheit, die Gestaltungs- sowie die Abschluß- bzw. Beendigungsfreiheit, nicht nur unerheblich tangieren, vgl. dazu näher etwa Hönn, Jura 84, S. 64 f.; auch Erman/Hefermehl, BGB, Vor § 145, Rdnr. 23 u. 25.

1693 Die Einschränkungen der Vertragsfreiheit finden ihre Berechtigung vielmehr darin, daß sie aufgrund ihrer insoweit festgestellten partiellen Funktionsunfähigkeit entwickelt wurden. Dieser Zusammenhang wird v.a. bei der Betrachtung des Verhältnisses von Tarifautonomie u. Vertragsfreiheit deutlich, vgl. etwa Hönn wie Fn. 1692, S. 65 (Tarifautonomie als notwendige institutionelle Ergänzung der Vertragsfreiheit); Zöllner, Arbeitsrecht, S. 339 (Tarifautonomie als eine Art Privatautonomie auf höherer Ebene).

bleiben u. keines in verfassungsrechtlich angreifbarer Weise tangiert wird.[1694]

5. Ergebnisse und Folgerungen

(1.) Rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen gehen den Wertungen des Schuldrechts grundsätzlich vor. Im Ergebnis können schuldrechtliche Ansprüche weder aus dem Gesichtspunkt der Verletzung von schuld- bzw. handelsrechtlichen Verträgen noch demjenigen von unerlaubten Handlungen begründet sein. Insoweit kann die in Form einer Ausgangshypothese dieser Untersuchung zugrunde gelegte Vorrangtheorie als vorläufig bestätigt angesehen werden.[1695]

(2.) Rechtswidrige Arbeitskampfmaßnahmen führen aus dem Gesichtspunkt eines Rangverhältnisses zwischen Arbeitskampf- u. Schuldrecht nicht zu einer Modifikation des schuldrechtlichen Haftungssystems. Wenn durch rechtswidrige Arbeitskämpfe in schuldrechtliche Rechtspositionen kampfunbeteiligter Dritter eingegriffen wird, so sind schuldrechtliche Ansprüche solcher Personen als grundsätzlich begründet anzusehen.[1696] Außerhalb des Geltungsbereichs der Vorrangtheorie besteht somit ein Vorrang schuldrechtlicher vor arbeitskampfrechtlichen Wertungen. Dies bedeutet nicht etwa einen Rückgriff auf die schuldrechtlichen Ansätze.[1697] Vielmehr bleibt es bei der in anderem Zusammenhang bereits festgestellten

---

1694 Die hier abgeleitete Lösung trägt somit beiden kollidierenden Grundrechten Rechnung; zu diesem Erfordernis bei der Abstimmung kollidierender Grundrechte Rüfner, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, S. 468.

1695 Zum Inhalt der Vorrangtheorie im einzelnen oben 1. Teil (S. 48 ff.)

1696 Dieser Satz ist m.E. lediglich insoweit einzuschränken, als auch bei den Folgen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen im Einzelfall aufgrund des Vorliegens haftungsbefreiender bzw. -mindernder Umstände schuldrechtliche Sanktionen ausnahmsweise entfallen können. Von den verschiedenen behandelten Umständen, die nicht Gegenstand dieser Untersuchung sind, kommt m.E. aber wohl nur dem Gedanken des Mitverschuldens potentieller Anspruchssteller (§ 254 Abs. 1 BGB) Bedeutung zu, dazu die Hinweise oben 1. Teil (S. 37 u. Fn. 143).

1697 Oben 1. Teil (S. 31 f. u. S. 35 ff.).

wechselseitigen Beeinflussung beider Teilrechtsgebiete.[1698]

Damit stellen sich zwei weitere, im folgenden noch zu untersuchende Fragen.

Erfährt der Grundsatz vom teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht aus anderen als verfassungsrechtlichen Gründen noch Einschränkungen?[1699]

Welche Modifikationen löst der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts innerhalb des schuldrechtlichen Haftungssystems aus, insbes. an welcher Stelle im Aufbau der anspruchsbegründenden Normen ist er konstruktiv zu berücksichtigen?[1700]

3. Kapitel: Sachlicher Geltungsbereich der Vorrangtheorie

Diejenigen Autoren, die im Ergebnis die Vorrangtheorie vertreten u. damit grundsätzlich den Eintritt der schuldrechtlichen Haftung bei den Folgen rechtmäßiger Arbeitskämpfe ablehnen, lassen von diesem Grundsatz dann Ausnahmen zu, wenn es sich bei den gegenüber kampfunbeteiligten Dritten vertraglich geschuldeten Leistungen um Gattungs- oder Geldschulden handelt, oder wenn der Anspruchsgegner für seine Leistungsfähigkeit garantiert hat.[1701] Es bleibt im folgenden zu erörtern, ob diesen überwiegend ohne nähere Begründungen vertretenen Einschränkungen des sachlichen Geltungsbereichs der Vorrangtheorie gefolgt werden kann.

1698 Dazu im einzelnen oben 1. Kap. (S. 125).

1699 Damit sind insbes. die u.U. bei Vorliegen von Gattungsschulden sowie in den Fällen der Garantiehaftung sich ergebenden Besonderheiten gemeint; dazu gleich näher unten 3. Kap.

1700 Zu diesem Aspekt im einzelnen unten 4. Teil.

1701 Vgl. Löwisch, BB 74, S. 1495; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 228 u. 235. Ferner Dohnau, Lieferverträge, S. 62 (für echte Gattungsschulden); Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 955 (für echte Gattungsschulden u. Garantieverträge); Löwisch, AcP 174, S. 237 (Geld- u. echte Gattungsschulden); Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter C. III. 2. (für Geldschulden); dies., AR-Blattei, D, Arbeitskampf III, unter C. III. 2. (für Geldschulden). Zum Ganzen auch die Ausführungen oben 1. Teil (S. 49).

§ 1: Gattungsschulden

§ 243 Abs. 1 BGB enthält eine zumindest allgemeine Umschreibung des Begriffs "Gattungsschuld".[1702] Derartige Schulden zeichnen sich insbes. dadurch aus, daß bei Vertragsschluß noch offen bleibt, welche Leistung der Schuldner konkret zu erbringen hat.[1703] Diese wird vielmehr zunächst nur nach allgemeinen (Gattungs-)Merkmalen bestimmt.[1704] I.d.R. hat dann der Schuldner das Recht, die Leistung aus der derart umschriebenen Gattung auszuwählen.[1705] Ob es sich um eine Gattungsschuld handelt oder ob im Einzelfall eine Stück- oder Wahlschuld vorliegt, entscheidet sich nach dem Willen der Vertragsparteien;[1706] dieser ist ggf. durch Auslegung zu ermitteln. Wenn auch der Gattungskauf als die wohl wichtigste Erscheinungsform der Gattungsschuld angesehen werden muß[1707], so wird doch überwiegend anerkannt, daß derartige Schulden auch bei den übrigen im Rahmen dieser Arbeit relevanten Vertragsformen vereinbart werden können[1708], insbes. dann, wenn je-

---

1702 Der Begriff "Gattungsschuld" wird darüberhinaus auch noch in anderen Vorschriften des BGB sowie des HGB erwähnt, vgl. dazu die Hinweise bei Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 1. Eine exakte Def. fehlt allerdings, so zutr. Lemppenau, Gattungsschuld, S. 16. Im kaufmännischen Verkehr ist zusätzlich § 360 HGB zu beachten, der anordnet, daß Handelsgut mittlerer Art u. Güte geschuldet wird. Zu den Folgen dieser Einschränkung gegenüber § 243 Abs. 1 BGB etwa Canaris in Großkomm. HGB, § 360, Anm. 1.

1703 Vgl. etwa BGB-RGRK/Alff, § 243, Rdnr. 1; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 16; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 10; Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 4.

1704 Vgl. Canaris in Großkomm. HGB, § 360, Anm. 2. Zum Inhalt des Gattungsbegriffs etwa MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 10 Fn. 11; Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 5.

1705 Vgl. BGB-RGRK/Alff, § 243, Rdnr. 7; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 17; Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 4.

1706 Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 126; Fikentscher, Schuldrecht, S. 128; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 10.

1707 So zutr. Esser/Schmidt wie Fn. 1706; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 3.

1708 Zur Gattungsschuld beim Werkvertrag MünchKomm/Emmerich wie Fn. 1707; Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 7; Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 45. Da es sich beim Werklieferungsvertrag um einen Vertragstypus handelt, der sowohl Elemente des Kauf- als auch des Werkvertrages enthält, kann auch diesbezüglich m.E. nichts anderes gelten.

weils vertretbare Sachen i.S.v. § 91 BGB geschuldet werden.[1709]

Innerhalb der Gattungsschuld ist zwischen den echten bzw. unbeschränkten Gattungsschulden[1710] sowie den beschränkten Gattungsschulden, die häufig auch als Vorratsschulden[1711] bezeichnet werden, zu differenzieren.[1712] Daran knüpfen sich unterschiedliche Rechtsfolgen, die hier bedeutsam sind. Bei der echten Gattungsschuld verpflichtet sich der Schuldner i.d.R. nicht nur dazu, eine Leistung, die er bereits auf Lager hat oder über die er schon in irgendeiner Form verfügen kann, zu erbringen, sondern insbes. gerade dazu, diese Leistung ggf. auch zu beschaffen.[1713] Diese Beschaffungspflicht wird als wesentliches Kennzeichen einer echten Gattungsschuld angesehen.[1714] Demgegenüber beschränkt sich bei der Vorratsschuld die Pflicht des Schuldners lediglich zur Leistung aus einem bestimmten vorhandenen Vorrat bzw. aus einer bestimmten Produktion.[1715] Neben den hier skizzierten Erscheinungsformen der Gattungsschuld wird vereinzelt noch auf die sog. einfache Gattungsschuld hingewiesen, die Elemente beider hier eben behandelter Formen enthält.[1716] Wenn die Erbringung einer Gattungsschuld

---

1709 Das Vorliegen einer vertretbaren Sache ist aber lediglich ein Indiz für eine Gattungsschuld; eine Identität besteht nicht, so zutr. Fikentscher, Schuldrecht, S. 128 (mit Beispielen); Lemppenau, Gattungsschuld, S. 18 f.; auch Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 127.

1710 Vereinzelt auch als marktbezogene Gattungsschuld bezeichnet, so etwa Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 264; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 88.

1711 Vgl. nur Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 127; Fikentscher, Schuldrecht, S. 130.

1712 Vgl. BGB-RGRK/Alff, § 243, Rdnr. 5; Canaris in Großkomm. HGB, § 360, Anm. 2; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 19 f.

1713 Vgl. Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 264; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 127; Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 8 u. 10.

1714 Vgl. Ballerstedt wie Fn. 1713; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 75 u. S. 88; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 6.

1715 Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 127; Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 8. Welche Form der Gattungsschuld im konkreten Einzelfall vorliegt, ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, dazu im einzelnen MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 13.

1716 Dazu näher Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 265 f.; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 89.

aus arbeitskampfbedingten Gründen vorübergehend oder endgültig unmöglich wird, so ergibt sich im Hinblick auf die eintretenden Rechtsfolgen folgende Beurteilung.

Bei der echten Gattungsschuld bleibt der vertragliche Erfüllungsanspruch in solchen Fällen zunächst grundsätzlich bestehen.[1717] Dies ist eine Folge der den Schuldner treffenden Beschaffungspflicht.[1718] Diese wiederum ergibt sich nach richtiger Ansicht aus der zwischen Schuldner u. Gläubiger getroffenen Vereinbarung[1719], nicht etwa aus § 279 BGB.[1720,1721]

Die Beschaffungspflicht des Schuldners ist aber nicht grenzenlos. Sie endet selbstverständlich insbes. dann, wenn die gesamte Gattung nicht mehr existiert[1722], wenn es sich bei dem vereinbarten Geschäft um eine absolute Fixschuld handelt[1723] oder wenn bereits Konzentration

---

1717 Dies gilt jedenfalls solange, als Gegenstände mit den entsprechenden Gattungsmerkmalen noch existieren.

1718 Vgl. etwa Weber-Will/Kern, JZ 81, S. 258.

1719 So zutr. Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 268 ff., insbes. S. 270; Larenz, Schuldrecht AT, S. 293; Weber-Will/Kern, JZ 81, S. 258.

1720 So aber zu Unrecht AK-BGB/Dubischar, § 279, Rdnr. 1; Fikentscher, Schuldrecht, S. 130 u. S. 199; Pietras, Arbeitskampf, S. 119 f.; dagegen Coester-Waltjen, AcP 183, S. 283 ff., insbes. S. 287.

1721 Zu Rechtsnatur u. Anwendungsbereich von § 279 wird ein breites Meinungsspektrum vertreten, vgl. dazu nur die Hinweise bei Weber-Will/Kern, JZ 81, S. 257 m.w.N. in Fn. 2 ff.; auch Lemppenau, Gattungsschuld, S. 14 f. Darauf muß in dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

1722 Vgl. etwa AK-BGB/Dubischar wie Fn. 1720; Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 10. Es liegt hier offenkundig ein Fall der (objektiven) Unmöglichkeit vor, so daß die Beschaffungspflicht ins Leere stoßen würde. Zu weiteren Leistungshindernissen, die zur Kategorie der Unmöglichkeit der Leistuung zählen, die Beispiele bei Lemppenau, Gattungsschuld, S. 90 ff.

1723 Vgl. Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 11. Die Fälle des absoluten (einfachen, uneigentlichen) Fixgeschäfts werden von der h.M. nach den Regeln der Unmöglichkeit der Leistung behandelt, vgl. statt vieler Beuthien, Zweckerreichung, S. 162 ff. (mit Beispielen); MünchKomm/Emmerich, BGB, § 275, Rdnr. 39.

eingetreten ist (§ 243 Abs. 2 BGB).[1724] Eine weitere Grenze der Beschaffungspflicht stellt die Unzumutbarkeit für den Schuldner dar (§ 242 BGB).[1725] Darunter fallen atypische Beschaffungshindernisse[1726] sowie Hindernisse, die ihre Ursache in der Person des Schuldners haben.[1727]

Für arbeitskampfbedingte Störungen sind diese Grenzen der Beschaffungspflicht jedoch (abgesehen evtl. vom Fall des absoluten Fixgeschäfts[1728]) obsolet. Da es sich bei solchen Störungen erfahrungsgemäß nur um vorübergehende Hindernisse handelt[1729], die zudem i.d.R. nicht die gesamte Volkswirtschaft lahm legen[1730], wird man davon ausgehen müssen, daß es auch bei Arbeitskämpfen noch Märkte gibt, auf denen die geschuldete Leistung beschafft werden kann.[1731]

1724 Rechtsfolge der Konzentration ist die Umwandlung der bisherigen Gattungsschuld in eine Stückschuld. Kann der Schuldner diese Leistung nunmehr endgültig nicht mehr erbringen, so wird er gem. § 275 Abs. 1 BGB von der Primärleistungspflicht frei, vgl. z.B. Weber-Will/Kern, JZ 81, S. 258.

1725 Vgl. BGH v. 12.7.72, NJW 72, S. 1703; BGB-RGRK/Alff, § 279, Rdnr. 1; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 129; Lüderitz, StudK BGB, § 279, Anm. 1 (S. 194); Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 18.

1726 Vgl. dazu die Beispiele bei Larenz, Schuldrecht AT, S. 194; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 279, Rdnr. 6 u. 8.

1727 Vgl. die Beispiele bei AK-BGB/Dubischar, § 279, Rdnr. 2; Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 273; Braun, JA 84, S. 493.

1728 Absolute Fixgeschäfte werden allerdings im hier interessierenden Zusammenhang zahlenmäßig keine größere Rolle spielen. Selbst im kaufmännischen Verkehr wird es sich i.d.R. nur um relative Fixgeschäfte (§ 376 HGB) handeln, auf die die Unmöglichkeitsregeln aber nicht anwendbar sind. Zum relativen Fixgeschäft näher etwa MünchKomm/Emmerich, BGB, § 275, Rdnr. 43.

1729 Dies gilt erfahrungsgemäß auch für diejenigen Arbeitskampfformen, bei denen sich der nur vorübergehende Charakter nicht bereits per definitionem ergibt (im einzelnen oben 2. Kap., S. 349 ff.).

1730 Zur Relevanz des totalen bzw. Generalarbeitskampfes die Hinweise oben 2. Kap. (S. 361).

1731 Etwas anderes kann unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Beschaffungspflicht auch dann nicht gelten, wenn- wie beispielsweise in der Tarifrunde 1984 in der Metallindustrie - Schwerpunktstreiks stattfinden, die die bestehende Arbeitsteilung u. weitgehende Spezialisierung innerhalb der Wirtschaft konsequent

Dabei evtl. notwendig werdende höhere finanzielle Aufwendungen als Folge etwa von Preissteigerungen führen grundsätzlich nicht zum - vorübergehenden - Wegfall der Beschaffungspflicht.[1732] Ferner handelt es sich bei Arbeitskampfmaßnahmen nicht um atypische Beschaffungshindernisse.[1733] Insbes. liegen bei rechtmäßigen Streiks keine Fälle höherer Gewalt vor[1734], da jene innerhalb unserer Rechtsordnung vorhersehbar sind u. ihre Folgen innerhalb gewisser Grenzen auch beeinflußt werden können.[1735,1736] Schließlich haben rechtmäßige Arbeits-

---

ausnutzen. Da solche Streiks erfahrungsgemäß nicht alle Tarifgebiete gleichzeitig erfassen, werden auch in solchen Fällen i.d.R. noch anderweitige Beschaffungsmöglichkeiten vorhanden sein.

1732 Vgl. Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 18; ähnl. MünchKomm/Emmerich, BGB, § 279, Rdnr. 12.

1733 Insbes. handelt es sich bei Arbeitskampfmaßnahmen nicht um "Eingriffe von hoher Hand" (dazu ausf. oben 2. Kap., S. 182 ff.). Daher verbieten sich Parallelen etwa zur Beschlagnahme, die als atypisches Beschaffungshindernis angesehen wird, so MünchKomm/Emmerich, BGB, § 279, Rdnr. 6; Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 18. Vgl. auch Weber-Will/Kern, JZ 81, S. 258, wonach es sich bei atypischen Beschaffungshindernissen um Umstände handeln muß, auf die der Schuldner keinen Einfluß hat. Dies trifft auf Arbeitskämpfe aber nicht zu, da die AG, die in diesem Zusammenhang als Schuldner in Betracht kommen, entweder durch entsprechendes Taktieren gegenüber dem sozialen Gegenspieler oder aber durch Ausübung ihrer Rechte als Verbandsmitglieder innerhalb der AG-Verbände insbes. die Dauer von Arbeitskämpfen beeinflussen können.

1734 Der Begriff "höhere Gewalt" wird vom Gesetz nicht definiert, sein Inhalt ist daher umstr. Sehr häufig wird eine aus dem Eisenbahnrecht stammende Def. verwendet, dazu Helm in Großkomm. HGB, § 452, Anh. II (§ 34 KVO), Anm. 6 m.w.N. Zu weiteren gesetzlichen Verwendungen dieses Begriffs die Hinweise bei Schmid, NJW 79, S. 18.

1735 So zutr. für wirtschaftliche Streiks im Ergebnis bereits diverse Vertreter der älteren Lehre (oben 1.Teil, S. 27), vgl. z.B. Lehmann, Strikes, S. 28 ff.; Simmer, Lieferungsverträge, S. 27 f.; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 41 f. Ausf. Dohnau, Lieferverträge, S. 69 ff., wonach Streiks sowohl nach der subjektiven als auch nach der objektiven Theorie keine Akte höherer Gewalt sein können; ebenso im Ergebnis Schmid, NJW 79, S. 18 (Streik u. Aussperrung als vorhersehbare, nicht von außen kommende Ereignisse); für grundsätzliche Vorhersehbarkeit von Arbeitskampfmaßnahmen auch Bieback/Mayer, AuR 82, S. 174. A.A. zu Unrecht Helm, Haftung, S. 118 (im Zusammenhang mit § 608 Abs. 1 Nr. 1-4 HGB); Horion, Sammlung des Arbeitsrechtes Bd. 2, S. 63. Etwas anderes mag innerhalb von ausländischen Arbeitskampfordnungen gelten, so daß es nicht zu beanstanden ist, wenn z.T. behauptet wird, Streiks des Personals von Leistungsträgern eines Reiseveranstalters seien

kämpfe ihre Ursache regelmäßig nicht in der Person des Schuldners, sondern dienen der Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen durch TV.[1737]

Daraus folgt, daß der Schuldner einer echten Gattungsschuld bei arbeitskampfbedingten Störungen nur ausnahmsweise von seiner Leistungspflicht gem. § 275 Abs. 1 BGB[1738] frei werden kann, weil er sich gegenüber dem Gläubiger zur Beschaffung der Leistung verpflichtet hat u. diese Beschaffungspflicht unabh. von Arbeitskampfmaßnahmen ist.[1739] Dieses Ergebnis ist m.E. auch interessengerecht, da der Schuldner diese weitgehende Haftung sowohl im Rahmen von konkreten einzelvertraglichen Vereinbarungen[1740] als auch bei Formularverträgen durch ent-

---

höhere Gewalt i.S.v. § 651 j BGB, hierzu näher Staudinger/Schwerdtner BGB, § 651 j, Rdnr. 10 m.w.N. Zur subjektiven u. objektiven Theorie der höheren Gewalt näher BGB-RGRK/Johannsen, § 203, Rdnr. 2; Staudinger/Dilcher, BGB, § 203, Rdnr. 2; zum Ganzen auch der Hinweis bei Deutsch, Haftungsrecht, S. 377 f.

1736 Bei Aussperrungen stellt sich dieses Problem von vornherein nicht, da diese auf einem Willensentschluß einzelner AG bzw. AG-Verbände beruhen, so daß Verschulden in der Form zumindest des Eventualvorsatzes vorliegt, was aber zur Ablehnung der höheren Gewalt führt; wie hier im Ergebnis bereits Lehmann, Strikes, S. 28; Stern, Bedeutung des Streiks, S. 41.

1737 Eine Ausnahme wird man lediglich bei Protest- bzw. Demonstrationsstreiks machen können, da diese sich auch gegen ein bestimmtes Verhalten der AG richten können. Diese Arbeitskampfformen sind nach der hier vertretenen Auffassung aber grundsätzlich rechtswidrig (oben 2. Kap., S. 356 f.) u. daher an dieser Stelle der Untersuchung nicht mehr von Bedeutung.

1738 § 275 Abs. 1 BGB wird insbes. dann zur Anwendung kommen, wenn Konzentration (§ 243 Abs. 2 BGB) eingetreten ist, vgl. Weber-Will/Kern, JZ 81, S. 258.

1739 Löwisch, AcP 174, S. 237, weist in diesem Zusammenhang zutr. darauf hin, daß der Schuldner/AG zur Erfüllung von Beschaffungspflichten nicht auf die Mitwirkung seiner streikenden AN angewiesen sei.

1740 Vgl. Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 270 f.; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 279, Rdnr. 14; Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 15. Vgl. dazu auch die einzelnen Fallgruppen bei Lemppenau, Gattungsschuld, S. 103 ff. (Abhängigkeit der Haftung von Beschaffungsschuldnern vom Umfang der vertraglich eingegangenen Verpflichtung).

sprechende AGB[1741] weitgehend ausschließen kann. Macht er von diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch, obwohl er insbes. aufgrund seiner wirtschaftlichen Überlegenheit gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner dazu in der Lage wäre[1742], so ist er nicht schutzwürdig.[1743]

Von dem eben behandelten Fall des möglichen Erlöschens der Primärleistungspflicht wegen arbeitskampfbedingter Beschaffungshindernisse ist diejenige Situation zu unterscheiden, deren Charakteristikum darin besteht, daß der Schuldner zur Beschaffung der Leistung unvermögend ist, obwohl die Gattung selbst noch existiert.[1744] In dieser Konstellation kann die fehlende Beschaffungsmöglichkeit ihre Ursache insbes. im Fehlen der erforderlichen finanziellen Mittel haben.[1745] Innerhalb des Systems der Leistungsstörungen handelt es sich um einen Fall des Unvermögens, der gem. § 275 Abs. 2 BGB zum Erlöschen des Primärleistungsanspruchs, d.h. zum Freiwerden des Schuldners von seiner Leistungspflicht führt.[1746] Allerdings tritt dann an die Stelle des

---

1741 Zur Bedeutung der beiden in diesem Zusammenhang am häufigsten verwendeten Klauseln ("Lieferfähigkeit oder Lieferungsmöglichkeit vorbehalten" sowie "richtige oder rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten") MünchKomm/Emmerich, BGB, § 279, Rdnr. 15; Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 17. Auf das Problem der Wirksamkeit dieser Klauseln insbes. im Hinblick auf das AGBG kann hier nicht eingegangen werden.

1742 Dies gilt insbes. bei der Verwendung von AGB gegenüber Endverbrauchern. Im Gegensatz hierzu stehen sich bei der Beteiligung von Unternehmern auf beiden Seiten eines Vertrages - häufig widersprechende - AGB gegenüber, da Arbeitskampfklauseln sowohl in Liefer- als auch in Einkaufsbedingungen vorkommen, vgl. an dieser Stelle nur die Hinweise bei Löwisch, BB 74, S. 1493 ff.

1743 Da in praxi von diesen Freizeichnungsmöglichkeiten weitgehend Gebrauch gemacht wird, kommt dem Haftungsproblem bei arbeitskampfbedingten Störungen insoweit nur geringe Bedeutung zu. Wie hier im Ergebnis Pietras, Arbeitskampf, S. 120.

1744 Vgl. Braun, JA 84, S. 493; Larenz, Schuldrecht AT, S. 293; Weber-Will/Kern, JZ 81, S. 258.

1745 Vgl. Larenz wie Fn. 1744, S. 262; Weber-Will/Kern wie Fn. 1744.

1746 So zutr. Weber-Will/Kern wie Fn. 1744, S. 259 f. (unter ausf. Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte der §§ 275 Abs. 2, 279 BGB); a.A. Braun, JA 84, S. 493; Coester-Waltjen, AcP 183, S. 283 ff., insbes. S. 285; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 275, Rdnr. 80 u. 81; Roth, JuS 68, S. 105 f. (kein Erlöschen des Primärleistungsanspruchs bei unverschuldetem Vermögensverfall).

Primär- ein Sekundärleistungsanspruch zugunsten des Gläubigers, der i.d.R. auf Leistung von Schadensersatz in Geld gerichtet sein wird.[1747] Ist der Schuldner zur Erbringung dieser Sekundärleistung nicht imstande, so hat er nach richtiger Ansicht dafür nach § 279 BGB einzustehen[1748,1749], so daß eine Befreiung auch von der Sekundärleistungspflicht nicht in Betracht kommt.[1750]

Etwa anderes kann m.E. auch dann nicht gelten, wenn die Zahlungsunfähigkeit auf bereits beim arbeitskampfbetroffenen Schuldner eingetretene arbeitskampfbedingte Schäden zurückzuführen ist.[1751] Da die Wirkung von Arbeitskampfmaßnahmen gerade in der verhältnismäßigen Zufügung von Schäden besteht[1752], würde man diese erwünschte Wirkung kompensieren bzw. zumindest einschränken, wenn man es zuließe, daß sich der Schuldner/AG in derartigen Fällen gegenüber seinen Gläubigern erfolgreich auf seine Zahlungsunfähigkeit berufen könnte. Dieses Ergebnis wäre mit der Vorrangtheorie nicht in Einklang zu bringen, da Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen vor schuldrechtlichen Wertungen selbstverständlich auch beinhalten muß, daß die grundsätzliche Möglichkeit zur Druckausübung im Verhältnis der sozialen Gegenspieler

---

1747 Dazu ausf. Weber-Will/Kern wie Fn. 1744, S. 259 ff.

1748 Vgl. Weber-Will/Kern wie Fn. 1744, S. 262. Damit wird deutlich, daß es sich bei § 279 BGB um eine Vorschrift handelt, die - wie auch §§ 276 - 278 BGB - eine Regelung der vom Schuldner zu vertretenden Umstände enthält, so zutr. Coester-Waltjen, AcP 183, S. 287; a.A. zu Unrecht Fikentscher, Schuldrecht, S. 199.

1749 § 279 BGB ist zumindest analog auch auf den Schuldnerverzug anwendbar, vgl. z.B. ausf. Coester-Waltjen, AcP 183, S. 287 ff.; Huber, JZ 74, S. 434.

1750 Zutr. Weber-Will/Kern wie Fn. 1744, S. 262. Im Ergebnis besteht ohnehin Einigkeit, daß sich der Schuldner seiner Leistungspflicht nicht durch Berufung auf seine Vermögenslosigkeit entziehen kann, vgl. dazu etwa Roth, JuS 68, S. 105.

1751 Insbes. ist dabei an die durch Produktionseinschränkung bzw. -einstellung verursachten finanziellen Verluste (Aufrechterhaltung der Fixkostenbelastung, Verminderung der Unternehmereinkünfte) zu denken.

1752 Zutr. Löwisch, AcP 174, S. 237 (finanzielle Belastung der sozialen Gegenspieler als Sinn der Arbeitskampfordnung).

zueinander nicht durch schuldrechtliche Wertungen behindert wird.[1753] Vielmehr soll dieses Verhältnis gerade von Beeinträchtigungen durch schuldrechtliche Beziehungen zu kampfunbeteiligten Dritten frei gehalten werden.

Demgegenüber ergibt sich bei Bestehen von Vorratsschulden eine abw. rechtliche Beurteilung. Hier beschränkt sich die Leistungspflicht des Schuldners von vornherin auf einen bereits vorhandenen Vorrat bzw. auf die Ergebnisse einer bestimmten Produktion.[1754] Wenn dieser Vorrat aufgebraucht ist oder aus arbeitskampfbedingten Gründen zumindest vorübergehend eine Produktion der geschuldeten Leistung nicht mehr erfolgen kann, dann muß der Schuldner sowohl von seinen Primär- als auch von seinen Sekundärleistungspflichten freiwerden können (§ 275 Abs. 1 BGB), auch wenn die geschuldete Leistung anderweitig noch verfügbar sein sollte.[1755] Für die Vorratsschuld gilt daher im Ergebnis nichts anderes als bei Bestehen einer Stückschuld.[1756] Es muß daher beim Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen vor den entgegenstehenden schuldrechtlichen Wertungen sein Bewenden haben.

1753 Diese Konsequenz würde sich aber ergeben, wenn man den unmittelbar arbeitskampfbetroffenen Schuldnern/AG die Berufung auf ihre finanzielle Leistungsunfähigkeit, die ihre Ursache allein in ihrer Beteiligung an einem Arbeitskampf hat, erlauben würde. Im Ergebnis würde dies nichts anderes bedeuten, als daß kampfunbeteiligte Dritte neben dem Risiko der Vertragshaftung auch noch das Risiko arbeitskampfbedingter Vermögensschäden, die bei ihren jeweiligen Vertragspartnern eintreten, zu tragen hätten; dieses Ergebnis ist mit der Vorrangtheorie im hier verstandenen Sinne nicht vereinbar.

1754 Vgl. BGB-RGRK/Alff, § 243, Rdnr. 4; Braun, JA 84, S. 493; Erman/Sirp, BGB, § 243, Rdnr. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 127; Fikentscher, Schuldrecht, S. 130; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 12; Staudinger/Medicus, BGB, § 243, Rdnr. 8.

1755 Bei der Vorratsschuld trifft den Schuldner gerade keine Beschaffungspflicht, vgl. etwa Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 265; Larenz, Schuldrecht AT, S. 293.

1756 Obwohl es sich auch bei Vorratsschulden um Gattungsschulden handelt - so zutr. etwa Lemppenau, Gattungsschuld, S. 19; MünchKomm/Emmerich, BGB, § 243, Rdnr. 12 -, gilt dann, wenn Leistung aus dem Vorrat nicht mehr möglich ist, § 275 Abs. 1 BGB (ohne mögliche Einschränkungen durch § 279 BGB), vgl. z.B. Braun, JA 84, S. 493; Erman/Battes, BGB, § 279, Rdnr. 4; Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 12.

§ 2: Geldschulden

Beim Bestehen von Geldschulden[1757] ist der Schuldner grundsätzlich verpflichtet, einen bestimmten Geldbetrag, der entweder von Anfang an feststeht[1758] oder der sich im Erfüllungszeitpunkt aus dem jeweiligen Schuldzweck ergibt[1759], zu leisten.[1760] Nach richtiger Ansicht handelt es sich bei Geldschulden nicht um Gattungsschulden.[1761,1762]

Bei Geldschulden kann eine objektive Unmöglichkeit von vornherein nicht eintreten[1763], so daß hier zugunsten des Schuldners zunächst § 275 Abs. 1 BGB nicht zur Anwendung kommen kann.[1764] Denkbar ist lediglich (vorübergehendes) Unvermögen, wenn der Schuldner selbst seinen Zahlungspflichten nicht nachkommen kann, insbes. weil er nicht über die erforderlichen Geldmittel verfügt u. diese auch nicht anderweitig

---

1757 Zur negativen Abgrenzung der Geldschuld etwa Erman/Sirp, BGB, § 244, Rdnr. 11; MünchKomm/von Maydell, BGB, § 244, Rdnr. 9; Schmidt, JuS 84, S. 741.

1758 Sog. Geldsummenschuld; zu den Kennzeichen im einzelnen Erman/Sirp, BGB, § 244, Rdnr. 8.

1759 Sog. Geldwertschuld; dazu näher Erman/Sirp, BGB, § 244, Rdnr. 9.

1760 Vgl. etwa Erman/Sirp, BGB, § 244, Rdnr. 7; MünchKomm/von Maydell, BGB, § 244, Rdnr. 12.

1761 Vgl. z.B. Erman/Sirp, BGB, § 244, Rdnr. 5; Larenz, Schuldrecht AT, S. 156 u. S. 294; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 111; MünchKomm/von Maydell, BGB, § 244, Rdnr. 8; Schmidt, JuS 84, S. 741; (Argument: Geldschulden sind keine Sachleistungsschulden). A.A. Fikentscher, Schuldrecht, S. 133 (Geldschulden als Gattungsschulden besonderer Art). Weitgehend Einigkeit besteht insoweit, daß § 243 Abs. 1 BGB auf die Geldschuld nicht anwendbar ist, vgl. dazu Schmidt wie oben, S. 741 f.

1762 Ob es sich bei Geldschulden um Wertbeschaffungsschulden - so etwa MünchKomm/von Maydell wie Fn. 1761; Schmidt, JuS 84, S. 741 - oder um Betragsschulden - vgl. Larenz wie Fn. 1761, S. 157 - handelt, kann hier unentschieden bleiben.

1763 Vgl. Larenz wie Fn. 1761, S. 294; Medicus, Bürgerliches Recht, S. 121; Roth, JuS 68, S. 105.

1764 Zur Geltung von § 275 Abs. 1 BGB für die Fälle der objektiven Unmöglichkeit Braun, JA 84, S. 489; Erman/Battes, BGB, § 275, Rdnr. 1 u. 3; MünchKomm/Emmerich, BGB, Vor § 275, Rdnr. 56.

beschaffen kann.[1765] In diesen Fällen kommt im Gegensatz zur echten Gattungsschuld auch ein Freiwerden gem. § 275 Abs. 2 BGB nicht in Betracht.[1766] Der Schuldner hat vielmehr für seine Zahlungsunfähigkeit ohne Einschränkungen einzustehen. Dies folgt entgegen einer bisweilen vertretenen Auffassung nicht aus § 279 BGB[1767], sondern aus den Wertungen des Zwangsvollstreckungs- u. Konkursrechts.[1768]

Aus diesen allgemeinen Grundsätzen folgt, daß der Schuldner einer Geldschuld auch aus arbeitskampfbedingten Gründen nicht von seinen Zahlungspflichten freiwerden kann. Insoweit können im Ergebnis keine Unterschiede zu den Fällen echter Gattungsschulden bestehen, wenn etwa an die Stelle primärer Sachleistungspflichten sekundäre Zahlungspflichten treten.[1769] Auch hier kann sich der Schuldner nicht darauf berufen, daß seine Zahlungsunfähigkeit darauf zurückzuführen ist, daß der Arbeitskampf bei ihm zu finanziellen Einbußen geführt hat. Wenn zum Inhalt der Vorrangtheorie einerseits auch die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Arbeitskampfes gezählt werden muß, dann können sich unmittelbar arbeitskampfbetroffene Schuldner nicht andererseits auf diese Theorie berufen, wenn wegen der auch von ihnen geplanten u. in Anspruch genommenen Wirkungen von Arbeitskämpfen Nachteile eintreten,

---

1765 Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, S. 121; Roth, JuS 68, S. 105; a.A. zu Unrecht Coester-Waltjen, AcP 183, S. 283 f.

1766 So zutr. Medicus wie Fn. 1765; Schmidt, JuS 84, S. 742, im Ergebnis auch Coester-Waltjen wie Fn. 1765.

1767 So aber Fikentscher, Schuldrecht, S. 133; Pietras, Arbeitskampf, S. 121; vgl. ferner die Nachw. bei Staudinger/Löwisch, BGB, § 279, Rdnr. 2; diff. Schmidt, JuS 84, S. 742 (Anwendbarkeit von § 279 BGB in den Fällen des Schuldnerverzugs).

1768 So zutr. Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 267 f.; Coester-Waltjen, AcP 183, S. 284; Larenz, Schuldrecht AT, S. 157 u. S. 294; Lemppenau, Gattungsschuld, S. 109 ff., insbes. S. 112 f. u. S. 115 f.; Medicus, Bürgerliches Recht, S. 127 f.; Schmidt wie Fn. 1767; Staudinger/Löwisch wie Fn. 1767.

1769 Diese Konstellation tritt insbes. dann ein, wenn bei Unmöglichkeit der Leistung oder bei Schuldnerverzug ein Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an die Stelle des ursprünglichen (Primär-)Leistungsanspruchs tritt (§§ 325, 326 BGB). Dieser Schadensersatz wird wegen § 251 Abs. 1 BGB regelmäßig in Geld zu leisten sein.

für die sie auch sonst allgemein einzustehen haben.[1770] Der Arbeitskampf darf m.E. in solchen Fällen nicht zu einer noch weitergehenden Privilegierung der Schuldner führen, zumal es sich bei dem Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt, der seine Wurzeln nicht nur im Schuldrecht hat.[1771] Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß das Schuldrecht diverse Möglichkeiten bereit hält, um den Schuldnern von Geldschulden bei arbeitskampfbedingter Zahlungsunfähigkeit im Einzelfall zu helfen.[1772] Bei Geldschulden kann daher die Vorrangtheorie nicht zugunsten kampfbetroffener Personen zur Anwendung kommen.

§ 3: Garantiehaftung

Darunter sind hier jene Fälle zu subsumieren, bei denen sich der Schuldner verpflichtet hat, für einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg einzustehen.[1773] Tritt dieser Erfolg nicht ein, so trifft den Schuldner - unabh. von einem möglichen Verschulden - eine Pflicht zur Schadloshaltung.[1774] Rechtsgrundlage dieser Pflichten ist regelmäßig

---

1770 Auch hier gilt m.E. das bereits in anderem Zusammenhang herangezogene Argument von Löwisch, AcP 174, S. 237, daß die vom Schuldner/AG eingegangene Verpflichtung zur Zahlung einer Geldschuld vom Verhalten seiner AN unabh. ist.

1771 Jedenfalls dann, wenn man diesen Grundsatz wie hier nicht aus § 279 BGB, sondern aus den Wertungen des Zwangsvollstreckungs- u. Konkursrechts ableitet.

1772 Zu denken wäre hier an Stundungsvereinbarungen, Einräumung von Lieferantenkrediten, Zurverfügungstellung von Sicherheiten zur Erlangung von Bankkrediten, Inanspruchnahme des Unterstützungsfonds der AG (soweit es sich bei den Anspruchsgegnern der privatrechtlichen Haftung um AG handelt).

1773 Unter diese weite Umschreibung würden grundsätzlich auch die Fälle echter Gattungsschulden fallen, da sich der Schuldner hier auch i.d.R. zur Herbeiführung des Erfolges, die geschuldete Leistung zu beschaffen, verpflichtet. Zum Erfolgselement bei der echten Gattungsschuld am Beispiel des Gattungskaufs etwa Ballerstedt, FS für Nipperdey 1955, S. 264. Hier soll im folgenden unter "Garantiehaftung" nur der Garantievertrag verstanden werden.

1774 Vgl. Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdnr. 27; MünchKomm/Pecher, BGB, Vor § 765, Rdnr. 3; Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. §§ 765-778, Rdnr. 73 jeweils m.w.N.; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 235.

ein sog. Garantievertrag.[1775] Diese Vertragsform hat wegen ihrer verschiedenen denkmöglichen Erscheinungsformen keine besondere gesetzliche Regelung gefunden.[1776] Sie ist aber dennoch nicht nur allgemein anerkannt, sondern gem. § 305 BGB auch als grundsätzlich zulässig anzusehen.[1777] Sie hat die Sicherung eines fremden Interesses zum Inhalt.[1778] Die Garantie ist aber nicht von der Schuld eines anderen abhängig u. muß auch nicht eine fremde Verbindlichkeit zum Gegenstand haben.[1779] Bestimmte Formerfordernisse sind nicht zu beachten.[1780] Die Abgrenzung des Garantievertrages zur Bürgschaft u. zum Schuldbeitritt bereitet bisweilen Probleme. Was gewollt ist, muß im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden.[1781]

Innerhalb des Garantievertrages lassen sich i.w. drei verschiedene Typen unterscheiden, die Leistungsgarantie, die Eigenschaftsgarantie sowie die Garantie für Unsicherheitsrisiken.[1782] Die Leistungsgarantie beinhaltet die Verpflichtung, daß eine bestimmte Leistung erbracht wird.[1783] Sie kann als Eigen- oder Fremdgarantie ausgestaltet wer-

---

1775 Die Verpflichtung zur Tragung bereits eingetretener Schäden kann dagegen nicht im Rahmen eines Garantievertrages eingegangen werden, vgl. MünchKomm/Pecher, BGB, Vor § 765, Rdnr. 9.

1776 Vgl. MünchKomm/Pecher wie Fn. 1774; Staudinger/Horn wie Fn. 1774.

1777 Vgl. Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdnr. 26; MünchKomm/Pecher wie Fn. 1774.

1778 Vgl. Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdnr. 31; MünchKomm/Pecher wie Fn. 1774.

1779 Vgl. Erman/Seiler wie Fn. 1777; MünchKomm/Pecher wie Fn. 1774; Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu §§ 765-778, Rdnr. 74.

1780 Vgl. Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdnr. 29; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 235; Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu §§ 765-778, Rdnr. 82.

1781 Zu den Abgrenzungskriterien ausf. Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdnr. 31 (Garantievertrag - Bürgschaft); Erman/Westermann, BGB, Vor § 414, Rdnr. 12 (Garantievertrag - Schuldbeitritt); MünchKomm/Pecher, BGB, Vor § 765, Rdnr. 14 u. 15 m.w.N.; Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu §§ 765-778, Rdnr. 79 u. 80.

1782 Die verwendete Terminologie ist nicht einheitlich. Zur hier verwendeten Einteilung MünchKomm/Pecher, BGB, Vor § 765, Rdnr. 4 ff.; anders z.B. Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu §§ 765-778, Rdnr. 85 ff.

1783 Dazu die Beispiele bei MünchKomm/Pecher, BGB, Vor § 765, Rdnr. 5 u. 6.

den.[1784] Bei der Eigenschaftsgarantie verpflichtet sich der Garant dafür einzustehen, daß eine Sache oder ein Werk bestimmte Eigenschaften aufweist, wobei die Garantie über die bereits im Gesetz geregelte Zusicherung von Eigenschaften hinausgehen muß (§§ 459 Abs. 2, 633 Abs. 1 BGB).[1785] Die Garantie für Unsicherheitsfaktoren umfaßt die Garantie auch für nichttypische Zufälle.[1786] Der Gläubiger soll dadurch veranlaßt werden, auch ein für ihn mit Gefahren verbundenes Geschäft abzuschließen.[1787] Von diesen Typen sind m.E. für die Fälle arbeitskampfbedingter Störungen nur die Leistungsgarantie sowie die Garantie für Unsicherheitsfaktoren von Bedeutung.[1788]

Schon der Überblick über die allgemeinen Grundlagen des Garantievertrages macht deutlich, daß die Garantiehaftung nicht durch den Einfluß von Arbeitskampfmaßnahmen dahingehend beeinflußt werden kann, daß der Schuldner von seinen Verpflichtungen frei wird, wenn der geschuldete Erfolg aus arbeitskampfbedingten Gründen ausbleibt. Wenn jemand freiwillig eine so weitgehende Verpflichtung, trotz des Eintretens arbeitskampfbedingter Folgen einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, zulässig eingehen kann[1789], dann ist er nicht schutzwürdig, wenn eben dieser Erfolg ausbleibt. Es wäre geradezu ein Widerspruch in sich selbst, wenn man in solchen Fällen eine Berufung auf die Vorrangtheo-

---

1784 Zu dieser Diff. Erman/Seiler, BGB, Vor § 765, Rdnr. 28.

1785 Vgl. dazu sowie zur Abgrenzung zwischen selbständigem Garantievertrag u. unselbständiger vertragsmäßiger Zusicherung MünchKomm/Pecher, BGB, Vor § 765, Rdnr. 7 u. 8; Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu §§ 765-778, Rdnr. 86.

1786 Dazu zählt insbes. die sog. Ausbietungsgarantie; vgl. im einzelnen Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu §§ 765-778, Rdnr. 89.

1787 Vgl. MünchKomm/Pecher, BGB, Vor § 765, Rdnr. 9.

1788 Eine Leistungsgarantie könnte etwa so aussehen, daß sich der Schuldner/AG verpflichtet, eine geschuldete Leistung unabh. von äußeren Einflüssen auf jeden Fall erbingen zu wollen. Eine Garantie für Unsicherheitsfaktoren könnte z.B. so formuliert werden, daß der Schuldner/AG auch dann, wenn Arbeitskampfmaßnahmen stattfinden, ausdrücklich oder konkludent die Leistung zu erbringen verspricht.

1789 Die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit stehen einer Verpflichtung nicht entgegen, die sich darauf bezieht, für arbeitskampfbedingtes Ausbleiben der geschuldeten Leistung einstehen zu wollen.

rie zuließe, da sich der Verpflichtete damit offensichtlich zu seinem früheren Verhalten in Widerspruch setzen u. damit gegen den Grundsatz von Treu u. Glauben verstoßen würde. Außerdem ist nicht einzusehen, daß ein Einstehen für nichttypische Zufälle[1790] die Garantiehaftung auslösen soll, während dies beim vorhersehbaren u. damit typischen Risiko des Eintretens arbeitskampfbedingter Leistungshindernisse[1791] nicht gelten soll.

Festzuhalten ist daher, daß die Vorrangtheorie dann nicht anwendbar ist, wenn die unmittelbar arbeitskampfbetroffenen AG Verbindlichkeiten in Form von echten Gattungsschulden, Geldschulden oder Garantieverpflichtungen eingegangen sind. Wenn Arbeitskämpfe in solchen Fällen zu Leistungsstörungen führen, so kann dies nicht eine Entlastung der Verpflichteten zur Folge haben, da diese aus verschiedenen aufgezeigten Gründen nicht schutzwürdig sind. Im Ergebnis ist daher den eingangs erwähnten Autoren zuzustimmen.[1792]

Die Einschränkungen des sachlichen Geltungsbereichs durch diese eben nochmals genannten Fallgruppen sind allerdings m.E. nur von geringer Bedeutung, wenn man nochmals daran erinnert, daß die Haftung bei echten Gattungsschulden jedenfalls bei Beteiligung mindestens eines Unternehmers an einem schuldrechtlichen Vertrag im Regelfall ohnehin im Rahmen von AGB ausgeschlossen wird. Ferner kann wohl davon ausgegangen werden, daß ein verständig handelnder Unternehmer auch keine umfassende Garantie für seine Leistungsfähigkeit unabh. von äußeren Einflüssen, die er nur in wenigen Fällen selbst beeinflussen kann, übernehmen wird. Damit führt die Vorrangtheorie in der hier entwickelten u. begründeten Form zu einer weitgehenden Beseitigung der privatrechtlichen Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten bei Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen.

1790 Dies gilt jedenfalls für die Fallgruppe der Garantie für Unsicherheitsfaktoren (oben vor Fn. 1786).

1791 Zur Frage der Vorhersehbarkeit des Eintritts arbeitskampfbedingter Störungen bereits in anderem Zusammenhang oben § 1 (S. 480).

1792 Vgl. die Nachw. in Fn. 1701.

4. Teil: Systematische Eingliederung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht und Schuldrecht in das schuldrechtliche Haftungssystem

1. Kapitel: Standort der Berücksichtigung des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht im Aufbau der anspruchsbegründenden Normen des Schuldrechts

Legt man der Diskussion zunächst den klassischen Aufbau haftungsbegründender schuldrechtlicher Normen zugrunde[1], so wäre die Berücksichtigung des Inhalts der Vorrangtheorie beim objektiven Tatbestand, bei der Rechtswidrigkeit u./oder beim subjektiven Tatbestand möglich.[2] Falls sich auf diesem Weg ein tragfähiger Anknüpfungspunkt finden ließe, wären nur geringfügige Modifikationen des schuldrechtlichen Haftungssystems notwendig. Insbes. müßten keine dem Schuldrecht wesensfremden Elemente eingefügt werden. Vielmehr könnte an der grundsätzlichen Struktur von haftungsbegründenden Normen festgehalten werden.

In den früheren Untersuchungen zum Problem der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen sind bereits alle denkmöglichen Einordnungsalt. untersucht u. auch bejaht worden.[3] Dies

---

1 Unter dem klassischen Aufbau wird die Dreigliederung des Schadensersatzrechts in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit u. Verantwortlichkeit verstanden. Diese Dreigliederung weist weitgehende Parallelen zum klassischen Aufbau der Normen des materiellen Strafrechts auf, wo zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit u. Schuld differenziert wird, vgl. dazu bereits die Hinweise oben 3. Teil (S. 156 Fn. 182 u. S. 159 Fn. 198). Der hier zugrunde gelegte dreigliedrige Aufbau ist der zweistufigen Konzeption der sog. neueren Lehre, die die Fahrlässigkeit als Maßstab der Rechtswidrigkeitsprüfung ansieht, vorzuziehen, da dieser Vorschlag auf einem rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriff basiert, der an anderer Stelle (oben 3. Teil, S. 169 ff.) bereits abgelehnt wurde; zu diesem zweigliedrigen Aufbau etwa Nipperdey, NJW 57, S. 1779; Staudinger/ Löwisch, BGB, § 276, Rdnr. 6 ff.

2 Zum klassischen Aufbau wie hier etwa Brox, Schuldrecht AT, S. 174 ff.; Deutsch, Haftungsrecht, S. 99 ff.; Fikentscher, Schuldrecht, S. 246 f.; Medicus, Schuldrecht AT; S. 127 f.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 34. Zur Geltung des dreigliedrigen Aufbaus auch bei Vertragsverletzungen Fikentscher wie oben, S. 274 f.; Pietras, Arbeitskampf, S. 68.

3 Vgl. dazu die Hinweise oben 1. Teil (S. 40 u. S. 48).

gilt insbes. für verschiedene Vertreter der arbeitsrechtlichen Ansätze.[4]

§ 1: Einordnung der Vorrangtheorie beim subjektiven Tatbestand[5]

Diese Alt. ist insbes. von MAYER-MALY entwickelt u. vertreten worden.[6] Die von ihm zur Begründung herangezogene These vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand hat sich jedoch bereits an anderer Stelle als nicht tragfähig erwiesen.[7]

Darüberhinaus sieht sich diese Sichtweise weiteren grundsätzlichen Bedenken ausgesetzt. So scheidet diese Möglichkeit der Einordnung in den Fällen verschuldensunabhängiger Haftung[8] aus, da das Vorliegen oder Nichtvorliegen des subjektiven Tatbestands für das Eintreten der jeweiligen Rechtsfolgen dort belanglos ist.[9] Einzelne Fallgruppen verschuldensunabhängiger Haftung können auch im Rahmen der privatrechtlichen Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten Relevanz erlangen. Dies

---

4 Dazu die Nachw. oben 1. Teil, S. 48 Fn. 209 (Rechtswidrigkeit) u. S. 48 Fn. 211 (Verantwortlichkeit). Zum Ansetzen von Vertretern der Vorrangtheorie beim objektiven Tatbestand noch näher unten 2. Kap., § 2.

5 Dieser Begriff wird hier als Synonym zum Terminus "Verantwortlichkeit" verwendet.

6 Vgl. Mayer-Maly, Referat, S. 8.

7 Dazu ausf. oben 3. Teil (S. 182 ff.).

8 Verschuldensunabhängige Haftung - Fikentscher, Schuldrecht, S. 682 verwendet den Terminus "Erfolgshaftung" - wird hier als Sammelbezeichnung für alle Fälle des Einstehenmüssens von Schuldnern abw. vom Grundsatz der Verschuldensabhängigkeit der Haftung bzw. vom Verschuldensprinzip verwendet. Dieses gilt grundsätzlich für den Bereich des BGB u. hat in § 276 Abs. 1 BGB seine Verankerung erfahren; zum Ganzen etwa Deutsch, Haftungsrecht, S. 26 (Verschulden als typische Vor. der Schadensersatzverpflichtung); Fikentscher wie oben, S. 278; Larenz, Schuldrecht AT, S. 255; wohl auch Reinecke, Haftung des Verkäufers, S. 14.

9 Vgl. z.B. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 70 f. (am Beispiel der Garantie- u. Vertrauenshaftung); Fikentscher, Schuldrecht, S. 278 (unter Hinweis auf §§ 279, 459, 463 S. 1 BGB); Kötz, Deliktsrecht, S. 18 (anhand der Gefährdungshaftung). Zur allgemeinen Tendenz zur Relativierung des Verschuldensprinzips im Rahmen der schuldrechtlichen Haftung z.B. Kazakos, Suspendierung, S. 106 f.

gilt insbes. für diverse Fälle der Gefährdungshaftung[10] sowie für die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs.[11] Wollte man in diesen Konstellationen dem teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts beim subjektiven Tatbestand Geltung verschaffen, so wäre im Ergebnis immer eine Haftung der potentiellen Anspruchsgegner zu bejahen, da man vom Vorliegen der Vor. des objektiven Tatbestands der haftungsbegründenden Normen ausgehen müßte u. in den meisten Fällen kein Regulativ mehr zur Verfügung hätte.[12] Die Berücksichtigung der Vorrangtheorie beim subjektiven Tatbestand würde damit quasi leerlaufen u. das durch diesen Ansatz vorgegebene Ergebnis könnte innerhalb des schuldrechtlichen Haftungssytems nicht durchgesetzt werden.

Ferner würde man sich weitgehend einer Einzelfallbeurteilung ausliefern, wenn man diesem Vorschlag folgen wollte. Die damit verbundenen Unwägbarkeiten sollten aber gerade v.a. im Interesse der Schaffung hinreichend präziser Prognosemöglichkeiten vor der Austragung von

---

10 Diese Fallgruppe betrifft die hier ausgeklammerten besonderen Haftungstatbestände im HGB bzw. in handelsrechtlichen Nebengesetzen, vgl. zu einzelnen konkreten Normen die Hinweise bei Helm, Haftung, S. 105 Fn. 520, der diese Form der Haftung abw. vom überwiegenden Sprachgebrauch als "Gewährhaftung" bezeichnet, vgl. ebenda, S. 103 u. Fn. 513. Vgl. ferner die Hinweise auf Haftungsnormen des innerdeutschen Eisenbahnrechts in dieser Arbeit oben 1. Teil (S. 16 Fn. 13).

11 Zur Bedeutung des Annahmeverzugs innerhalb der privatrechtlichen Haftung oben 2. Teil (S. 66 ff.). Für den Eintritt der Rechtsfolgen des Annahmeverzugs ist es abgesehen von den Fällen des § 299 BGB belanglos, ob der Gläubiger die Nichtannahme verschuldet hat, vgl. etwa Emmerich, Leistungsstörungen, S. 183; Erman/Battes, BGB, § 293, Rdnr. 4; Fikentscher, Schuldrecht, S. 224. Auch bei der Haftung für Unvermögen bei Vorliegen echter, unbeschränkter Gattungsschulden handelt es sich um Fälle verschuldensunabhängiger Haftung, vgl. nur Larenz, Schuldrecht AT, S. 255 f. Da es bei dieser Fallgruppe aber keine arbeitskampfbedingten Besonderheiten gibt - im einzelnen oben 3. Teil (S. 481 ff.), muß an dieser Stelle keine explizite Berücksichtigung mehr erfolgen.

12 Dies gilt uneingeschränkt jedenfalls für die Fälle der Gefährdungshaftung, da dort auch das Vorliegen oder Fehlen der Rechtswidrigkeit für den Eintritt der Haftung bedeutungslos ist, vgl. z.B. Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 72; Kötz, Deliktsrecht, S. 18. Dies beruht darauf, daß es sich bei den Tatbeständen der Gefährdungshaftung - zu den vier zu unterscheidenden Fallgruppen etwa Fikentscher, Schuldrecht, S. 682 - um Sanktionen für Gefährdungen handelt, die durch erlaubte u. damit grundsätzlich nicht rechtswidrige Tätigkeiten entstehen können, vgl. z.B. Esser/Schmidt wie oben.

Arbeitskämpfen beseitigt werden.[13] Dies würde sich aber beim Ansetzen am subjektiven Tatbestand nicht realisieren lassen, da im Rahmen des im Regelfall hier zu prüfenden Verschuldens[14] unabh. von seinen Komponenten u. deren systematischer Einordnung[15] bei der Erörterung der individuell-persönlichen Vorwerfbarkeit einer Handlung u./oder eines Erfolges eine Würdigung konkreter Einzelfälle nicht vermeidbar wäre. Konkret müßte z.B. immer untersucht werden, ob dem jeweiligen Anspruchsgegner privatrechtlicher Ansprüche im Hinblick auf arbeitskampfbedingte Eingriffe ein Schuldvorwurf zu machen ist. Die dabei notwendig vorzunehmende Prüfung, ob die Schuldner im Hinblick auf die bei kampfunbeteiligten Dritten eingetretenen Nachteile vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben, würde zwangsläufig wieder in gefährliche Nähe zu der v.a. in den bereits abgelehnten schuldrechtlichen Ansätzen anzutreffenden Argumentation des möglichen Nachgebens gegenüber Tarifforderungen des sozialen Gegenspielers im Interesse der Erfüllung schuldrechtlicher Vertragspflichten führen.[16]

Schließlich würden bei Präferierung dieses Gedankens auch nicht nur unerhebliche dogmatische Probleme entstehen. Wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt wurde, ist die Auffassung verbreitet, die Komponenten der Fahrlässigkeit seien bereits z.T. bei der Rechtswidrig-

---

13 Zu diesem mit vorliegender Untersuchung angestrebten Ziel bereits die Hinweise oben Einl. (S. 12).

14 Bei der hier zu behandelnden privatrechtlichen Haftung spielen die verschuldensabhängigen Formen die überwiegende Rolle. Vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen zu den insoweit in Betracht kommenden Ansprüchen u. Anspruchsgrundlagen oben 2. Teil (S. 63 ff.).

15 Damit ist gemeint, ob im Privatrecht das Verschulden täterbezogen oder aufgrund eines objektivierten Maßstabs zu entscheiden ist u. wie sich das Verhältnis von Rechtswidrigkeit u. Schuld insbes. bei der Fahrlässigkeit bestimmt, vgl. insoweit nur die Hinweise bei Larenz, Schuldrecht AT, S. 263 ff. u. S. 266 ff. Auf diese grundsätzlichen Probleme muß hier nicht näher eingegangen werden. Zur wohl überwiegenden Meinung, die den Maßstab für die Prüfung fahrlässigen Handelns objektiv bestimmen will, die Hinweise bei Reinecke, Haftung des Verkäufers, S. 14 f.; Stathopoulos, FS für Larenz 1983, S. 631.

16 Dazu näher oben 1. Teil (S. 36 f.).

keitsprüfung zu berücksichtigen.[17] Wollte man diesem Ansatz folgen, so müßte geklärt werden, ob der i.w. auf der verfassungsrechtlichen Stellung des Arbeitskampfrechts beruhende teilweise Vorrang zur Rechtswidrigkeit, zur Schuld oder u.U. gar zu beiden Elementen zuzuordnen ist. Weiterhin wäre in diesem Zusammenhang die Frage nach einer möglichen Teilbarkeit des Vorrangs des Arbeitskampfrechts aufzuwerfen.[18]

Wohin die Abhängigkeit der Lösung praktischer Probleme von solchen dogmatischen Positionen führen kann, zeigen auch die Ausführungen von LÖWISCH u. SCHLÜTER.[19] Danach sollen rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen in Anerkennung des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts zu einem Nichtbestehen von Erfüllungsansprüchen für die Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen führen.[20] Dadurch sehen sich beide Autoren aber nicht daran gehindert, gleichwohl eine Haftung potentieller Anspruchsgegner zu konstruieren, indem sie den Arbeitskampf als Ursache von Eingriffen in den Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter beiseite schieben u. an andere Handlungen anknüpfen.[21] Da von ihren verschie-

---

17 Dazu die Hinweise oben 3. Teil (S. 161 f.). Zum ganzen Problemkreis auch der Überblick bei Larenz, Schuldrecht AT, S. 266 ff. m.w.N. in Fn. 36 ff.

18 Eine zweifache Berücksichtigung des Arbeitskampfes im Hinblick auf das Eintreten schuldrechtlicher Rechtsfolgen ist von einigen Vertretern der eingeschränkten Trennungstheorie vertreten worden (oben 1. Teil, S. 40 Fn. 155). Dieser Vorschlag ist m.E. deshalb abzulehnen, da ein u. derselbe Umstand nicht auf zwei verschiedenen Stufen der rechtlichen Qualifizierung von Handlungen u./oder Erfolgen Berücksichtigung finden kann. Vielmehr muß eine eindeutige Zuordnung erfolgen, da z.B. Rechtfertigungsgründe auch nicht zusätzlich bei der Schuld bzw. Schuldausschließungsgründe nicht zusätzlich bei der Rechtswidrigkeit eingebracht werden.

19 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 239 ff.; ders., BB 74, S. 1496; Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 233 ff.

20 Zu diesem Teilaspekt der Argumentation von Löwisch u. Schlüter noch näher unten 2. Kap., § 2.

21 So deutlich Löwisch, AcP 174, S. 241 (Haftung für Folgen von Verzug u. Unmöglichkeit unter anderen Gesichtspunkten); ähnl. Schlüter wie Fn. 19, S. 233 (Möglichkeit der Inanspruchnahme von Unternehmern durch ihre Vertragspartner, falls Leistungsstörungen aus anderen als arbeitskampfbedingten Gründen durch pflichtwidriges u. schuldhaftes Verhalten verursacht werden).

denen insoweit herangezogenen Kategorien des Verschuldens[22] nicht alle als von vornherein unzutr. abgelehnt werden können[23], ist es möglich, daß im Ergebnis schuldrechtliche Ansprüche auch bei rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen begründet sind.[24] Unabh. davon, daß diese Konstruktion im Widerspruch zum bestehenden Zusammenhang von vertraglichen Primär- u. Sekundärleistungsansprüchen steht[25], wird zugunsten der Lehre vom Handlungsunrecht die Vorrangtheorie weitgehend entwertet, da diese vorsieht, daß innerhalb ihres Geltungsbereiches bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen sämtliche denkmöglichen Ansprüche unabh. vom Anspruchsgrund unbegründet sind.[26]

---

22 Im einzelnen werden die Kategorien Übernahme-, Vorsorge- u. Abwendungsverschulden eingebracht, vgl. Löwisch, AcP 174, S. 241 ff., insbes. S. 247 ff.; ders., BB 74, S. 1496; Schlüter wie Fn. 19, der zusätzlich noch den Aspekt des Streikverschuldens (ebenda, S. 235) erörtert. Zum möglichen Inhalt des Übernahmeverschuldens das Beispiel bei BAG v. 11.9.75, NJW 76, S. 1229 Lts. 1. (eigenmächtige Übernahme von Arbeiten durch AN, dem die hierfür erforderlichen Kenntnisse fehlen).

23 Nach der Auffassung von Löwisch u. Schlüter sollen grundsätzlich alle in Fn. 22 genannten Verschuldenskategorien eintreten können; der Akzent wird aber beim Übernahmeverschulden gesetzt, so deutlich Löwisch, AcP 174, S. 249; ders., BB 74, S. 1496. Gegen eine Befürwortung eines Streikverschuldens spricht m.E. aber die anerkannte Gewährleistung der Tarifautonomie durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Die Forderung nach einem Nachgeben gegenüber dem sozialen Gegenspieler im Interesse kampfunbeteiligter Dritter steht zu dieser Gewährleistung in völligem Widerspruch.

24 So ausdrücklich Löwisch, AcP 174, insbes. S. 247; ders., BB 74, S. 1496; Schlüter wie Fn. 19, S. 233.

25 Bereits oben 2. Teil (S. 64 f.) wurde festgestellt, daß vertragliche Sekundärleistungsansprüche erst dann eingreifen, wenn Erfüllungsansprüche als vertragliche Primärleistungsansprüche nicht mehr realisiert werden können. Umgekehrt bedeutet dies, daß beim Wegfall von Primär- auch den Sekundärleistungsansprüchen der Boden entzogen wird. Dieser Zusammenhang würde völlig ignoriert werden, wenn man unter Zugrundelegung eines rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriffs andere Handlungen heranziehen könnte, die einerseits Erfüllungsansprüche nicht aufrechterhalten können, andererseits aber vertraglichen Sekundärleistungsansprüchen den Weg ebnen.

26 Wollte man der Konzeption von Löwisch u. Schlüter folgen, dann müßten die arbeitskampfbetroffenen Schuldner fürchten, auch bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen schuldrechtlichen Ansprüchen ihrer Vertragspartner ausgesetzt zu sein. Der Wegfall von Erfüllungsansprüchen wäre im Ergebnis wertlos. Die Kampfparität wäre entgegen der Intention der Vorrangtheorie tendenziell wieder zuungunsten der AG-Seite verschoben, da nicht bestritten werden kann, daß auch vertragliche Sekundärleistungsansprüche diesen Effekt zu erzielen ver-

Der Einbau der Vorrangtheorie in den subjektiven Tatbestand anspruchsbegründender Normen ist damit erheblichen Bedenken ausgesetzt. Da auf diesem Weg keinesfalls sichergestellt werden kann, daß der Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen vor schuldrechtlichen Wertungen generell zum Tragen kommt, ist dieser Ansatz m.E. abzulehnen.

§ 2: Einordnung der Vorrangtheorie bei der Rechtswidrigkeit

Dieser Vorschlag ist zwar der zahlenmäßig weitaus überwiegende[27], es fehlt allerdings an einer einheitlichen sowie hinreichend tiefgehenden Begründung. Vor. für die Verwertbarkeit dieses Vorschlags wäre zunächst, daß bei den Auswirkungen rechtmäßiger Arbeitskämpfe im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter entweder die Rechtswidrigkeit von vornherein fehlt oder aber zugunsten der potentiellen Anspruchsgegner Rechtfertigungsgründe vorliegen.

I. Fehlen der Rechtswidrigkeit bei privatrechtlichen Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen

Die eben zuerst skizzierte Alt. würde dann weiter verfolgt werden können, wenn man mit NIPPERDEY[28] den rechtmäßigen Arbeitskampf als positives, unrechtskonstituierendes Rechtswidrigkeitselement ansehen wollte, das bereits zur Ablehnung der Rechtswidrigkeit führen soll, so daß das Vorliegen von (besonderen) Rechtfertigungsgründen belanglos wäre. Diese Konstruktion muß m.E. im Zusammenhang mit der Sozialadäquanzleh-

---

mögen. Die Ausführungen beider Autoren stehen somit im Widerspruch zu der auch von ihnen angestrebten Privilegierung des rechtmäßigen Arbeitskampfes gegenüber schuldrechtlichen Wertungen. Entgegen Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 957 Fn. 73 d, kann bei der Diskussion dieses Lösungsweges der Streit zwischen erfolgs- u. handlungsbezogenem Unrechtsbegriff nicht unentschieden bleiben. Gegen den Vorschlag von Löwisch u. Schlüter auch Richardi, JuS 84, S. 827 f. (Übernahme- u. Vorsorgeverschulden kein selbständiger Haftungsgrund).

27 Vgl. dazu die Hinweise oben 1. Teil (S. 40 u. S. 48).

28 Vgl. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 1003.

re sowie der Lehre vom Handlungsunrecht gesehen werden.[29] Wie eine Analyse verschiedener Stellungnahmen NIPPERDEY's zeigt, ist namentlich die systematische Einordnung der Sozialadäquanz mehrfach von ihm modifiziert worden.[30] Der soweit ersichtlich letzte Entwicklungsstand zeichnet sich dadurch aus, daß der sozialadäquate Arbeitskampf in der oben bereits erwähnten Weise qualifiziert wurde.[31] Die Tragfähigkeit dieser Konstruktion erfordert aber das Vorliegen zweier Vor.; die Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre im Privatrecht insgesamt sowie die Richtigkeit der Lehre vom Handlungsunrecht innerhalb dieses Teilrechtsgebiets.

Das eben zuerst genannte Element hat aber bereits an anderer Stelle in dieser Untersuchung einer Überprüfung nicht standhalten können.[32] Die Sozialadäquanzlehre ist weder im Arbeitskampfrecht noch darüber hinaus allgemein im Privatrecht anwendbar. Auch gegen die Lehre vom Handlungsunrecht sind bereits an anderen Stellen Bedenken entstanden.[33] Ihre konsequente Heranziehung würde dazu führen, daß die Indizfunktion des objektiven Tatbestands anspruchsbegründender Normen für die Rechtswidrigkeit generell ausgeschaltet werden würde.[34] Dieser Weg müßte nämlich nicht nur im Hinblick auf das Recht am Unterneh-

---

29 Nipperdey wie Fn. 28 behandelt diesen Aspekt auch ausdrücklich im Zusammenhang mit der Sozialadäquanzlehre. Zur Verbindung von Sozialadäquanzlehre u. Handlungsunrecht oben 3. Teil (S. 161 ff.).

30 Anfänglich schrieb Nipperdey der Sozialadäquanzlehre tatbestandsausschließende Funktion zu, vgl. Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, S. 39 f.; ders. in Enneccerus/Nipperdey, BGB AT II 14. Aufl., S. 918. Später wurde die Sozialadäquanz als (allgemeiner) Rechtfertigungsgrund eingeordnet, vgl. Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II 6. Aufl., S. 640. Vgl. aber auch Nipperdey, NJW 67, S. 1992, wo er offenbar wieder die zuerst skizzierte Einordnung vertritt.

31 Danach soll das Vorliegen einer sozialadäquaten Handlung bereits zur Ablehnung der Rechtswidrigkeit führen, d.h. auf das Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe soll es nicht mehr ankommen, vgl. Hueck/Nipperdey wie Fn. 28.

32 Oben 3. Teil (S. 165 ff.).

33 Oben 3. Teil (S. 169 f.) sowie die soeben im Rahmen der Auseinandersetzung mit Löwisch u. Schlüter angestellten Überlegungen.

34 Dies wird in der Tat von diversen Vertretern eines handlungsbezogenen Unrechtsverständnisses vertreten, vgl. dazu die Hinweise bei Fikentscher, Schuldrecht, S. 273.

men im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB[35], sondern auch bei der Beurteilung von Vertragsverletzungen beschritten werden. Andernfalls käme man zu dem merkwürdigen Ergebnis, daß vertragsrechtlich mit der Verwirklichung des objektiven Tatbestands auch die Rechtswidrigkeit (in Form der Vertragswidrigkeit) vorliegt, während deliktsrechtlich wegen des Fehlens der Indizwirkung die Rechtswidrigkeit erst noch positiv festgestellt werden müßte. Unabh. von den nicht zu leugnenden Unterschieden zwischen vertraglichen u. deliktischen Ansprüchen[36] u. der nicht einheitlich beantworteten Frage nach dem Verhältnis dieser Ansprüche zueinander[37], würde dieses Ergebnis jedenfalls im Hinblick auf die Vorrangtheorie nicht überzeugen können. Diese würde dann zu unterschiedlichen Auswirkungen innerhalb des schuldrechtlichen Haftungssystems führen. Bei deliktischen Ansprüchen hätte sie die Ablehnung der Rechtswidrigkeit zur Folge, bei vertraglichen Ansprüchen müßte ein besonderer Rechtfertigungsgrund gefunden bzw. zwischengeschaltet werden, um im Ergebnis zuverlässig zur Ablehnung der Haftung zu kommen. Folgt man der hier vertretenen Auffassung u. lehnt jedenfallls einen rein handlungsbezogenen Unrechtsbegriff im Privatrecht ab[38], so müßte man m.E. wohl grundsätzlich auch an der Indizfunktion des Tatbestands für die Rechtswidrigkeit festhalten. Es würde somit bei der Frage nach dem Vorliegen eines oder mehrerer Rechtfertigungsgründe bleiben, wenn man dem Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen auf diesem konstruktiven Weg Geltung verschaffen wollte.[39]

---

35 Beim Recht am Unternehmen wird ebenso wie bei dem anderen durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rahmenrecht - dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht - eine Indikation der Rechtswidrigkeit bei Vorliegen der Vor. des objektiven Tabestands abgelehnt. Vielmehr ist die Rechtswidrigkeit hier (ausnahmsweise) positiv im Rahmen einer umfassenden Güter- u. Interessensabwägung zu untersuchen, vgl. dazu etwa Buchner/Roth, Unerlaubte Handlungen, S. 90; Fikentscher, Schuldrecht, S. 634 u. S. 640; Nipperdey, NJW 67, S. 1988.

36 Dazu im einzelnen näher etwa Deutsch, Haftungsrecht, S. 80 u. S. 82 f. (zu den Bereichen Verjährungsfristen u. Reichweite von Haftungsbeschränkungen); Eichler, AcP 162, S. 411 ff.

37 Dazu die Hinweise oben 2. Teil (S. 94 Fn. 155).

38 Oben 3. Teil (S. 169 f.).

39 Dieser Weg entspricht in bezug auf vertragliche Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Dritter im Ergebnis auch der überwiegenden Meinung in den bisherigen Untersuchungen zur privatrechtlichen Haftung. Die oben (1. Teil, S. 40 u. S. 48) zitierten Autoren gehen alle zumindest stillschweigend von dieser Konstruktion aus. Auch

II. Rechtfertigungsgründe bei privatrechtlichen Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen

In bezug auf Rechtfertigungsgründe bei arbeitskampfbedingten Folgen sind bislang bereits diverse Vorschläge untersucht worden. Hiervon kann jedoch neben der Sozialadäquanz von Arbeitskämpfen auch die rechtfertigende Einwilligung bereits vorab ausgeschieden werden.[40]

1. Rechtfertigung durch überobligationsmäßige Schwierigkeiten

Eine verbreitete Meinung will bei Vorliegen überobligationsmäßiger Schwierigkeiten im Rahmen der Erfüllung schuldrechtlicher Vertragspflichten (auch) eine Rechtfertigung der Vertragsverletzung bejahen.[41] Gegen diesen Vorschlag ist zunächst einzuwenden, daß die Frage der Rechtfertigung immer am konkreten Einzelfall entschieden werden soll.[42] Dies würde aber wieder der angestrebten Schaffung eines hinreichenden Maßes an Rechtssicherheit zuwiderlaufen. Außerdem wird durch die Einzelfallausrichtung das bestehende Rangverhältnis zwischen

---

Nipperdey in Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 957 schließt sich diesem Ansatz jedenfalls bei Vertragsverletzungen im Verhältnis gegenüber kampfunbeteiligten Dritten an.

40 Der entscheidende Grund für die fehlende Tragfähigkeit dieses Gedankens ist allerdings entgegen Strempel, Leistungsstörungen, S. 66 (der die rechtfertigende Einwilligung im Übrigen nur bei aussperrungsbedingten Leistungsstörungen heranziehen will) nicht das Fehlen von Arbeitskampfklauseln im Rahmen von AGB. Entscheidend ist vielmehr, daß es an dem (notwendigen) Interesse der Vertragspartner fehlt, wenn ihnen durch arbeitskampfbedingte Störungen Nachteile entstehen. Zur rechtfertigenden Einwilligung im Privatrecht etwa Fikentscher, Schuldrecht, S. 276.

41 Vgl. zu dem hier als eingeschränkte Trennungstheorie bezeichneten Ansatz die Ausführungen oben 1. Teil (S. 37 ff.).

42 Diese Konsequenz beruht darauf, daß die Vertreter dieses Ansatzes die Haftung arbeitskampfbetroffener Schuldner davon abhängig machen wollen, ob diesen die Einhaltung der vertraglichen Pflichten zumutbar ist. Wann Zumutbarkeit vorliegt, kann aber nicht generell u. allgemeingültig beantwortet werden. Dies folgt daraus, daß es sich bei der Unzumutbarkeit der Erbringung geschuldeter Leistungen um eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu u. Glauben handelt, so daß Entscheidungen aufgrund der jeweils vorliegenden Umstände erforderlich sind, vgl. etwa Larenz, Schuldrecht AT, S. 124. Diese zu berücksichtigenden Umstände sind aber einzelfallspezifisch u. daher nicht im erforderlichen Umfang verallgemeinerungsfähig.

rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen u. schuldrechtlichen Rechtsfolgen ignoriert. Wenn nämlich grundsätzlich am Grundsatz "pacta sunt servanda" festzuhalten sein soll u. nur in konkreten Einzelfällen Durchbrechungen zugunsten arbeitskampfbedinger Beeinträchtigungen zugelassen werden[43], so führt dies zu einer Verkehrung der hier festgestellten Rangverhältnisse zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht in ihr Gegenteil.[44] Diese Sichtweise ist damit ebenfalls nicht geeignet, dem teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts im erforderlichen Umfang Geltung zu verschaffen.

2. Rechtfertigung durch (rechtfertigende) Pflichtenkollision

Vereinzelt wird eine mögliche Rechtfertigung zugunsten von Schuldnern über eine Pflichtenkollision erwogen.[45] Diesem Ansatz steht nicht entgegen, daß die rechtfertigende Pflichtenkollision v.a. im Strafrecht Relevanz besitzt[46], da der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung eine universelle Anwendbarkeit aller bekannten Rechtfertigungsgründe durchaus plausibel begründen kann.[47] Fraglich ist aber, ob generell vom Vorliegen einer Pflichtenkollision in der Person des jeweiligen potentiellen Anspruchsgegners schuldrechtlicher Ansprü-

---

43 So deutlich Esser, JZ 63, S. 491, wenn er darauf abstellt, daß sich die arbeitskampfbetroffenen AG als potentielle Schuldner schuldrechtlicher Ansprüche freiwillig in den Konflikt zwischen Teilnahme am Arbeitskampf u. Einhaltung schuldrechtlicher Pflichten begeben u. dadurch erst das Entstehen überobligationsmäßiger Schwierigkeiten hervorgerufen haben; ähnl. Hohn, Unternehmerhaftung, S. 9; ders., DB 65, S. 502; zust. zu Esser auch Siebrecht, Arbeitskampf, S. 122, der allerdings die volle Tragweite dieses Konzepts für die privatrechtliche Haftung nicht erkennt, da er die m.E. entscheidende Passage in Esser's Beitrag (S. 491, linke Spalte, zweiter Abs.) nicht hinreichend berücksichtigt.

44 Nach der Vorrangtheorie ist bei Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter grundsätzlich u. nicht nur in bestimmten Einzelfällen vom Vorrang des Arbeitskampfrechts auszugehen.

45 Vgl. dazu Esser, JZ 63, S. 491 f. u. S. 493; Siebrecht, Arbeitskampf, S. 121; Strempel, Leistungsstörungen, S. 66.

46 Vgl. z.B. Dreher/Tröndle, StGB, Vor § 32, Rdnr. 11; Wessels, Strafrecht AT, S. 171 f.

47 Zur Geltung der rechtfertigenden Pflichtenkollision auch im Privatrecht Fikentscher, Schuldrecht, S. 275.

che kampfunbeteiligter Dritter ausgegangen werden kann. Dies ist m.E. nur dann ohne Einschränkungen der Fall, wenn ein AG in seiner Eigenschaft als sozialer Gegenspieler an Arbeitskampfmaßnahmen aktiv oder passiv teilnimmt u. dadurch Rechte kampfunbeteiligter Dritter verletzt.[48] Der personelle Geltungsbereich der Vorrangtheorie erfaßt jedoch einen sehr viel weiter umschriebenen Personenkreis.[49] Diesem wäre die Berufung auf das Vorliegen einer Pflichtenkollision verwehrt, da es insbes. an einer Pflicht zur Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen durch den Abschluß von TV fehlt.[50]

Soweit STREMPEL behauptet, es fehle an einer Wertdifferenz zwischen Koalitionspflicht sowie Vertragspflicht u. damit an der Möglichkeit einer Rechtfertigung[51], so steht dieser Einwand der Annahme einer Pflichtenkollision allerdings nicht entgegen. Unabh. davon, daß eine rechtfertigende Pflichtenkollision u.U. bei gleichwertigen Pflichten in Betracht kommen kann[52], liegt eine Gleichwertigkeit hier aber lediglich bei vordergründiger Betrachtung vor. Die beiden miteinander kollidierenden Pflichten sind vielmehr nur formal gleichrangig.[53]

---

48 Eine Pflicht zur Teilnahme an Arbeitskämpfen kann nur dann angenommen werden, wenn damit der Abschluß von TV erreicht werden soll, die die Kampfbeteiligten AG in ihren Geltungsbereich einbeziehen.

49 Im einzelnen oben 3. Teil (S. 469 f.). Insbes. werden auch Personen mit umfaßt, denen die AG-Eigenschaft fehlt.

50 Diese Pflicht, die den Arbeitskampf einschließt, u. als Spiegelbild davon auch das Recht hierzu betrifft gem. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nur AG u. AN sowie jedenfalls über Art. 19 Abs. 3 GG, § 2 Abs. 1 TVG Gewerkschaften u. AG-Verbände, nicht aber sonstige potentiell kampfbetroffene Dritte.

51 Vgl. Strempel, Leistungsstörungen, S. 66; ebenso Pietras, Arbeitskampf, S. 84 f.

52 Zu den hierfür erforderlichen Vor. etwa Dreher/Tröndle, StGB, Vor § 32, Rdnr. 11 m.w.N.; vgl. auch Wessels, Strafrecht AT, S. 171 (bei gleichwertigen Pflichten genügt Erfüllung einer von beiden für Rechtfertigung). A.A. zu Unrecht Pietras wie Fn. 51, S. 85, der bei gleichwertigen Pflichten nur die Figur des entschuldigenden Notstands für anwendbar hält.

53 Diese formale Gleichrangigkeit besteht insoweit, als sowohl das Recht zur Führung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen als auch diejenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, durch Normen des GG gewährleistet werden. Zur Berechtigung des Terminus "Pflichtenkollision" für diesen Fall Hruschka, FS für Larenz 1983, S. 259 (Erfüllung einer Pflicht führt zur Verletzung einer anderen Pflicht).

Diese auf der Verfassungsebene bestehende Kollision muß aber gelöst werden, indem eine Pflicht zumindest teilweise hinter der anderen zurückzutreten hat, was hier i.S.d. Vorrangtheorie vorgenommen wurde.[54] Im Ergebnis fehlt es damit aber gerade an einer Gleichrangigkeit der beiden hier maßgeblichen Pflichten. Der wichtige Fall einer rechtfertigenden Pflichtenkollision, die Erfüllung einer höherwertigen zugunsten einer geringerwertigen Pflicht[55], würde also dann vorliegen, wenn ein AG anstatt seine schuldrechtlichen Pflichten zu erfüllen, an einem rechtmäßigen Arbeitskampf teilnimmt.

Ferner kann auch der Behauptung, es handele sich um eine vermeidbare Pflichtenkollision[56], m.E. nicht gefolgt werden. Diese Sichtweise impliziert nämlich, daß die Verletzung schuldrechtlicher Pflichten durch Nachgeben gegenüber dem sozialen Gegenspieler vermeidbar wäre.[57] Dadurch wird aber nicht nur wiederum das Rangverhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht umgekehrt, ein solches Nachgeben wäre nur von kampfbeteiligten potentiellen Anspruchsgegnern realisierbar.[58] Es würde also wiederum der personelle Geltungsbereich der Vorrangtheorie, der auch kampfunbeteiligte potentielle Anspruchsgegner umfaßt, entgegenstehen.

---

54 Dazu zusammenfassend oben 3. Teil (S. 474).

55 Vgl. Dreher/Tröndle wie Fn. 52; Wessels wie Fn. 52; wohl auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 275.

56 So aber Esser, JZ 63, S. 491 (Voraussehbarkeit u. Vermeidbarkeit des Konflikts zwischen Koalitions- u. Vertragstreue für den Unternehmer).

57 Zur fehlenden Tragfähigkeit dieses Gesichtspunkts im Hinblick auf die Lösung von privatrechtlichen Haftungsfragen bereits die Hinweise oben 3. Teil (S. 422 ff.).

58 Nur diese Personen können selbst TV abschließen oder unmittelbar auf einen AG-Verband, deren Mitglieder sie sind u. der zu Arbeitskampfmaßnahmen aufgerufen hat, einwirken.

3. Rechtfertigung durch Arbeitgebersolidarität

Auch dieser Aspekt hat nur vereinzelt Beachtung gefunden.[59] Für diese These könnte zunächst sprechen, daß die Satzungen der AG-Verbände in der Tat eine Verpflichtung zur Solidarität gegenüber kampfbetroffenen Verbandsmitgliedern vorsehen.[60] Verstöße werden aber lediglich mit verbandsrechtlichen Sanktionen bedroht[61] u. haben keinen Einfluß auf die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit in bezug auf außerhalb des Mitgliedschaftsverhältnisses stehende Rechtsbeziehungen.[62]

Der Gedanke der AG-Solidarität vermag im hier interessierenden Zusammenhang aus mehreren Gründen nicht weiter zu führen. So ist bereits seine Klassifikation als Rechtfertigungsgrund nicht unbedenklich.[63] Wenn man der auch hier vertretenen Auffassung folgt u. das Recht auf kampfweise Betätigung auch bei Verbandsarbeitskämpfen als originäres Recht der einzelnen AG ansieht[64], so würde dieses in verfassungswidriger Weise eingeschränkt, wenn man den angesprochenen Satzungsbestim-

---

59 Vgl. dazu Schmid, NJW 79, S. 17. Allgemein zum Gedanken der AG-Solidarität Müller, DB 81 (Beilage 7), S. 8.

60 Vgl. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 296 mit Hinweisen auf einzelne konkrete Satzungsbestimmungen in Fn. 47. Diese Pflicht schließt ein, keine schuldrechtlichen Ansprüche wegen Nichterfüllung eingegangener Pflichten geltend zu machen.

61 Zu erwähnen sind insbes. Vereinsstrafen sowie der Ausschluß einzelner Mitglieder aus dem Verband; dazu sowie zu weiteren denkmöglichen Sanktionen aufgrund der Disziplinargewalt von Verbänden Schlüter wie Fn. 60, S. 301.

62 Vgl. dazu etwa Adams, Streik, S. 64 ff.; Auffarth, RdA 77, S. 135; Hueck, RdA 56, S. 205; Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 986; a.A. z.B. Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 79. Dieser Aspekt ist überwiegend im Zuammenhang mit dem Einfluß verbandswidrigen Handelns auf Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen behandelt worden, dazu die Hinweise oben 3. Teil (S. 347 ff.).

63 Umstr. ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob es sich um einen Rechtfertigungsgrund handelt - so wohl Pietras, Arbeitskampf, S. 85 - oder ob dieses Kriterium dem Anspruch des kampfunbeteiligten Gläubigers unter dem Gesichtspunkt rechtsmißbräuchlichen Handelns entgegengesetzt werden kann. Die AG-Solidarität zählt jedenfalls nicht zu den anerkannten Rechtfertigungsgründen. Allerdings ist zuzugeben, daß bei Schmid, NJW 79, S. 17, der diesen Gedanken im hier interessierenden Zusammenhang aufgegriffen hat, eine nähere Auseinandersetzung mit seiner systematischen Einordnung fehlt.

64 Dazu oben 3. Teil (S. 305 ff.).

mungen zur Solidarität wirklich rechtsverbindlichen Charakter im Außenverhältnis zuschreiben wollte.[65]

Ferner ist auch dieser Rechtfertigungsgrund stark einzelfallbezogen. Zum einen sind nicht alle AG Mitglieder eines AG-Verbandes[66], so daß von vornherein keine allumfassende Pflicht zur Solidarität besteht. Ferner kann diese Pflicht leicht unterlaufen werden, indem z.B. bisherige Verbandsmitglieder aus dem Verband austreten. Dieses Recht ist im übrigen unabh. von entsprechenden Satzungsbestimmungen garantiert. Wegen der ebenfalls durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten negativen Koalitionsfreiheit[67], kann den Verbandsmitgliedern das Austrittsrecht nicht verweigert werden.[68]

Weiterhin spricht der beschränkte Anwendungsbereich der AG-Solidarität gegen diesen Ansatz. Seine Gültigkeit nur im Verhältnis von AG zueinander[69] entspricht nicht dem personellen Geltungsbereich der Vorrangtheorie. Dies würde dazu führen, daß man ohnehin auch auf andere Rechtfertigungsgründe zurückgreifen müßte, wenn - was wohl der zahlenmäßig weitaus häufigere Fall ist - der kampfunbeteiligte aber kampfbetroffene Dritte kein AG ist[70] oder jedenfalls nicht demselben AG-Verband angehört.

---

65 Eine rechtfertigende Wirkung in bezug auf Verletzungen von gegenüber Dritten bestehenden schuldrechtlichen Pflichten würde aber eine "Außenwirkung" des Solidaritätsgedankens voraussetzen.

66 Allerdings ist zuzugeben, daß der Organisationsgrad der AG relativ hoch ist, vgl. dazu etwa die Zahlenangaben bei Gamillscheg, Arbeitsrecht II, S. 55.

67 Oben 3. Teil (S. 264 f.).

68 Dazu bereits die Hinweise im Zusammenhang mit der Erörterung des Einflusses schuldrechtlicher Ansprüche auf die Kampfparität oben 3. Teil (S. 464 f.).

69 So zutr. Schmid, NJW 79, S. 17 (Tragfähigkeit des Solidaritätsgedankens nur im Verhältnis von AG untereinander).

70 Die AG-Solidarität versagt nicht nur in dem von Schmid wie Fn. 69 behandelten Beispiel (Zeitungsabonnenten als kampfunbeteiligte Dritte), sondern regelmäßig dann, wenn kampfunbeteiligten Dritten die AG-Eigenschaft fehlt.

Schließlich ist der Solidaritätsgedanke allgemein bereits seit vielen Jahren zunehmend krit. im Hinblick auf seine rechtliche Relevanz beurteilt worden. In anderem Zusammenhang wurde auf den Stellenwert der Solidarität innerhalb der AN hingewiesen, die im Rahmen arbeitskampfbedingter Folgewirkungen früher eine zentrale Bedeutung innehatte.[71] Auch das BAG hat jüngst diesen Solidaritätsgedanken verworfen. Aufgrund der vorhandenen Unterschiede innerhalb der Arbeitnehmerschaft könne keine Rede von einer allgemeinen Solidarität sein.[72] Etwas anderes kann m.E. auch in bezug auf die AG nicht gelten. Auch hier bestehen sehr verschiedene u. unterschiedliche Interessen sowie Ziele, die der Annahme einer hinreichend engen, gleichgerichteten Verbundenheit entgegenstehen. Diese kann daher auch nicht durch Statuierung einer Pflicht zur Solidarität kraft Verbandssatzung hergestellt werden.[73]

---

71 Dazu näher die Hinweise zur Sphärentheorie oben 3. Teil (S. 446 f.).

72 Vgl. BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. 2. (1) d.G. (Vorstellung einer Solidarität aller AN unabh. von Gruppenzugehörigkeit u. Interessendivergenzen als reine Fiktion). Vgl. auch bereits Wiedemann, RdA 69, S. 326 (Solidaritätsgedanke ohne Berücksichtigung von Differenzierungskriterien führt in die Nähe klassenkämpferischen Denkens). Zur Ablehnung des Solidaritätsgedankens durch das BAG auch Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, S. 85 (wo diese Rechtsprechung allerdings Bedenken begegnet).

73 Dem steht m.E. nicht entgegen, daß das BAG in den Aussperrungsurteilen dem Gesichtspunkt der AG-Solidarität einen nicht unbedeutenden Stellenwert zugeschrieben hat, indem es gewerkschaftliche Teilstreiks unter dem Aspekt des Angriffs auf diese Solidarität gesehen u. daraus Folgerungen im Hinblick auf die Erforderlichkeit von Abwehraussperrungen gezogen hat, vgl. BAG v. 10.6.80. AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. V. 3. c, d.G.; vgl. dazu auch die entsprechenden Hinweise bei Müller, DB 81 (Beilage 7), S. 8. Diese Ausführungen müssen im Zusammenhang mit der möglichen Beeinflussung der Kampfparität gesehen werden; diese ist im Hinblick auf die eingeschränkte Zulassung der suspendierenden Abwehraussperrung entscheidend. Die AG-Solidarität ist insoweit nur ein u. zudem sehr ungenauer Indikator, da sich das BAG hier nur auf grobe Erfahrungswerte u. keine empirisch gesicherten Erkenntnisse berufen kann. Daß die kollektive Koalitionsfreiheit die Verbandssolidarität erfordert, ist Müller wie oben zuzugeben. Nur darf dabei nicht die verfassungsrechtliche Gewährleistung auch der negativen individuellen Koalitionsfreiheit übersehen werden, die tendenziell dem Solidaritätsgedanken entgegen läuft. Zutr. wie hier im Ergebnis Denck, RdA 85, S. 49 (geringe Bedeutung der Solidarität unter den AG aufgrund marktbedingter Interessengegensätze).

4. Rechtfertigung durch Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen

Eine jedenfalls im Vordringen befindliche Auffassung will den rechtmäßigen Arbeitskampf als besonderen Rechtfertigungsgrund anerkannt wissen.[74] Dabei ist es hier zunächst belanglos, daß dieser Gedanke i.d.R. im Zusammenhang mit rein arbeitsrechtlichen Rechtsbeziehungen diskutiert wird.[75] Wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung kann man nicht von vornherein von einer fehlenden Übertragbarkeit auf primär privat- bzw. schuldrechtliche Beziehungen ausgehen.

Ferner ist unerheblich, daß der rechtmäßige Arbeitskampf nicht zu den ausdrücklich gesetzlich geregelten besonderen Rechtfertigungsgründen zu zählen ist.[76] Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt wurde, bestehen keine rechtlichen Hindernisse gegen die Entwicklung "neuer" Rechtfertigungsgründe.[77] Es kann daher auch hier unentschieden bleiben, ob man bereits von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des an dieser Stelle behandelten Grundes ausgehen kann[78] u. ggf. worauf

---

74 So bereits Niese, Streik, S. 49 (Streik als Rechtfertigungsgrund im Hinblick auf Verletzungen von durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechten u. Rechtsgütern); Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 322 (gegen diese Auffassung, Streiks u. Aussperrungen seien Akte der Selbsthilfe oder Notwehr Krejci, Aussperrung, S. 151 f.); Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 150 ff., insbes. S. 152 u. S. 153 (subjektives Streik- u. Aussperrungsrecht als spezielle Rechtfertigungsgründe im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB); Reimann, RdA 85, S. 34 (Rechtfertigung des als ultima-ratio im Hinblick auf die Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen eingesetzten Streiks durch Art. 9 Abs. 3 GG). Vgl. zum Ganzen auch die Nachw. bei Kazakos, Suspendierung, S. 68 Fn. 1 u. Seiter, Streikrecht, S. 236 Fn. 53.

75 Primär wird untersucht, ob Streiks einen Eingriff in das zugunsten der AG geschützte Recht am Unternehmen bzw. Aussperrungen einen Eingriff in das zugunsten der AN geschützte Recht am Arbeitsplatz zur Folge haben, vgl. Otte wie Fn. 71, S. 148 ff. u. S. 150 f.

76 Dies gilt jedenfalls im Hinblick auf die Rechtfertigung von Pflichtverletzungen außerhalb von arbeitsrechtlichen Beziehungen. Im umfangreichen Katalog von Rechtfertigungsgründen bei Fikentscher, Schuldrecht, S. 275 ff. fehlt jeglicher Hinweis auf den Arbeitskampf.

77 Begründung: Kein numerus clausus der Rechtfertigungsgründe (dazu schon oben 3. Teil, S. 171 u. Fn. 263).

78 In diese Richtung gehen wohl die Überlegungen von Niese, Streik, S. 49, wenn er den Streik als anerkanntes Selbsthilfe- oder Fehderecht

diese Anerkennnung im einzelnen beruht. Leitet man richtigerweise die Rechtfertigungswirkung des rechtmäßigen Arbeitskampfes aus dessen verfassungsrechtlicher Stellung ab[79], so sind gleichwohl diverse Einschränkungen zu machen. Eine Ableitbarkeit aus dem verfassungsrechtlichen Schutz der Arbeitskampffreiheit[80] scheidet aus.[81] Eine rechtfertigende Wirkung kann nämlich nur dann entstehen, wenn sich auch eine einzelne Person auf einen bestimmten Sachverhalt berufen kann, d.h. wenn es sich um ein subjektives Recht handelt.[82] Aus der Arbeitskampffreiheit kann aber kein derartiges subjektives Recht abgeleitet werden, da diese Figur nur eine Aussage zur grundsätzlichen Erlaubtheit von Arbeitskampfmaßnahmen enthält.[83]

Folgt man der wohl überwiegenden Auffassung u. erkennt ein durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistetes Recht auf kampfweise Betätigung an, das verfassungsrechtlich als Einrichtungsgarantie ausgestaltet ist[84], so vermag diese Konstruktion ebenfalls eine rechtfertigende Wirkung des Arbeitskampfes nicht zu stützen. Aus Einrichtungsgarantien können keine subjektiven Rechte abgeleitet werden.[85] Eine Gewinnung individueller subjektiver Rechte ist vielmehr nur dann möglich, wenn man der auch in dieser Untersuchung vertretenen Auffassung folgt u. das Recht

---

beschreibt. Bei der Behauptung von Gewohnheitsrecht innerhalb des Arbeitskampfrechts ist Zurückhaltung geboten, wie bereits an anderer Stelle (oben 3. Teil, S. 236 f.) herausgestellt wurde.

79 So zutr. etwa Krejci, Aussperrung, S. 149 (für das Arbeitsvertragsrecht).

80 Zu Begriff u. Inhalt oben 3. Teil (S. 242 ff.).

81 A.A. zu Unrecht Nikisch, Arbeitsrecht II, S. 132 (Streikfreiheit als anerkannter Rechtfertigungsgrund für Eingriffe in den Gewerbebetrieb).

82 Nur subjektive Rechte gewähren mindestens einer Person eine geschützte Rechtsstellung, vgl. etwa Fikentscher, Schuldrecht, S. 20. Zum Begriff des subjektiven Rechts noch unten 2. Kap., § 2, III., 2.

83 Oben 3. Teil (S. 242 f.). Aus dem Vorliegen der Arbeitskampffreiheit lassen sich somit keine Folgerungen für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskämpfen im Einzelfall gewinnen.

84 Dazu oben 3. Teil (S. 289 ff.).

85 Zutr. wie hier Weireter, Sozialadäquanz, S. 54.

auf kampfweise Betätigung als Grundrecht ausgestaltet ansieht.[86] Da es an dieser Stelle nur um die mögliche Rechtfertigung privatrechtlicher Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen geht, müßte es sich weiter um ein subjektiv-privates Recht auf kampfweise Betätigung handeln, was nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls im Grundsatz zu bejahen ist.[87] Daher könnte man m.E. die grundsätzliche Rechtfertigungswirkung rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen plausibel u. nachvollziehbar begründen.

Gleichwohl vermag auch dieser Weg nicht zu einer endgültigen u. zuverlässigen Absicherung des durch die Vorrangtheorie vorgegebenen Ergebnisses zu führen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn man den Begriff "Haftung" i.S.v. Schadensersatzansprüchen verstehen würde[88] bzw. neben solchen Ansprüchen nur noch Rücktrittsrechte hierunter subsumieren wollte.[89] Damit würde aber unberücksichtigt bleiben, daß das Problem der privatrechtlichen Haftung auch den Aspekt der Schuld mit einschließt. Es können m.a.W. zugunsten kampfunbeteiligter Dritter nicht lediglich vertragliche Sekundärleistungs- u. deliktische Ansprüche, sondern auch vertragliche Erfüllungsansprüche bestehen.[90] Diese zuletzt genannte Kategorie entzieht sich aber der Subsumtion unter den hier eingangs zugrunde gelegten dreigliedrigen Aufbau anspruchsbegründender Normen in objektiven Tatbestand, Rechtswidrigkeit u. subjektiven Tatbestand. Die Begründetheit vertraglicher Erfüllungsansprüche setzt vielmehr nur eine wirksam begründete Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen, die (noch) nicht erloschen oder mit Gegenrechten behaftet sein darf, voraus.[91] Da nun aber die Vorrangtheorie im Ergebnis dazu führen muß, daß kampfunbeteiligte Dritte von ihren Ver-

---

86 Dazu ausf. oben 3. Teil (S. 290 ff.).

87 Oben 3. Teil (S. 300). Zu Notwendigkeit u. Inhalt eines privatrechtlichen Unterbaus des Rechts auf kampfweise Betätigung unten 2. Kap., § 2, III., 2.

88 Zu dieser üblichen Begriffsverwendung bereits der Hinweis oben Einl. (S. 1 Fn. 3 m.w.N.).

89 Der Einschluß von Rücktrittsrechten könnte damit begründet werden, daß Rücktrittsrechte ebenso wie vertragliche Schadensersatzansprüche als Sekundärleistungsansprüche zu qualifizieren sind.

90 Dazu im einzelnen oben 2. Teil (S. 65 f.).

91 Oben 2. Teil (S. 66 u. Fn. 26).

tragspartnern während rechtmäßiger Arbeitskämpfe auch keine Vertragserfüllung verlangen dürfen, muß ein Anknüpfungspunkt gefunden werden, der auch das zumindest zeitweilige Nichtbestehen von vertraglichen Erfüllungsansprüchen zu begründen vermag.

Dies läuft m.E. darauf hinaus, daß bei einer arbeitskampfbedingten vorübergehenden Nichterfüllung vertraglicher Primärleistungsansprüche bereits das Vorliegen einer Vertragsverletzung abzulehnen ist, so daß sich das Problem einer möglichen Rechtfertigung gar nicht mehr stellen würde. Daraus folgt, daß die Eingliederung der Vorrangtheorie in den Fällen vertraglich geschuldeter Erfüllungsansprüche bereits beim objektiven Tatbestand anspruchsbegründender Normen erfolgen muß. Zusätzlich muß die dabei entwickelte Lösung auf ihre Übereinstimmung mit vertraglichen Sekundärleistungs- sowie deliktischen Ansprüchen überprüft werden.[92]

2. Kapitel: Wegfall schuldrechtlicher Pflichten aufgrund von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen

§ 1: Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung

Wie bereits in anderem Zusammenhang skizziert wurde, versucht LAUSCHKE bei Sukzessivlieferungsverträgen eine Lösung der privatrechtlichen Haftung aus dem Inhalt der schuldvertraglichen Vereinbarungen abzuleiten.[93] Die an dieser Stelle vorgenommene systematische Einordnung dieses Ansatzes im Hinblick auf den Aufbau anspruchsbegründender Normen ist deshalb zutr., weil Erfüllungsansprüche kampfunbeteiligter Dritter jedenfalls wohl zumindest für die Dauer des jeweiligen Ar-

---

92 Dabei ist insbes. darauf zu achten, daß es nicht zu dem bereits oben § 1 (S. 495 f. mit Fn. 20 ff.) angesprochenen Wertungswiderspruch kommt, indem man das Bestehen vertraglicher Erfüllungsansprüche für die Dauer rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen ablehnt, aber vertragliche Sekundärleistungsansprüche unter bestimmten Vor. als begründet erachtet.

93 Vgl. Lauschkke, DB 66, S. 139 ff. sowie die Darstellung dieses Ansatzes oben 1. Teil (S. 44 ff.).

beitskampfes nicht bestehen sollen.[94]

Gegen die Heranziehung dieses Vorschlags im Hinblick auf die Einordnung der Vorrangtheorie sprechen aber einige erhebliche Gründe. Dies beginnt bereits bei den schuldrechtlichen Grundlagen, auf denen LAUSCHKE seine Argumentation aufbaut.

Zunächst ist zwar zutr., daß zwischen Sukzessivlieferungsverträgen u. singulären Kaufverträgen in bezug auf die Vertragsbeendigung ein wesentlicher Unterschied darin besteht, daß bei jenen an die Stelle des Rücktrittsrechts das Recht zur a.o. Kündigung tritt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bereits Leistungen erbracht wurden.[95] Der entscheidende Grund für diese Diff. ist aber nicht etwa das Gebot von Treu u. Glauben[96], sondern die erheblichen Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung bereits erbrachter Teilleistungen, die bei unmodifizierter Anwendung der Rücktrittsvorschriften zwangsläufig auftreten würden, was aber weder dem Interesse der Vertragsparteien noch wirtschaftlichen Überlegungen entspricht.[97] Entscheidend für den Ersatz des Rücktritts durch die a.o. Kündigung ist somit nicht die angebliche Einbeziehung der Herstellung der Kaufsache in dem Vertrag[98], sondern der Zeitfaktor, da sich beim Sukzessivlieferungsvertrag die Leistungspflichten nicht in einem einmaligen Leistungsaustausch erschöpfen.[99] Diese gegenüber singulären Verträgen unterschiedliche Regelung der

---

94 So deutlich Lauschke wie Fn. 93, S. 140, S. 141 u. S. 143. Zur systematischen Einordnung dieses Ansatzes wie hier Pietras, Arbeitskampf, S. 78; Strempel, Leistungsstörungen, S. 40.

95 Vgl. etwa BGH v. 12.7.57, DB 57, S. 990; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 163; Larenz, Schuldrecht AT, S. 384 f.; MünchKomm/Janßen, BGB, Vor § 346, Rdnr. 16; a.A. offenbar Fikentscher, Schuldrecht, S. 236 (Rücktritt für die Zukunft analog §§ 325 Abs. 1 S. 1, § 326 Abs. 1 S. 2 BGB).

96 So aber Lauschke, DB 66, S. 139.

97 So zutr. Larenz, Schuldrecht AT, S. 385; zust. Strempel, Leistungsstörungen, S. 42 f. Gegen Lauschke auch Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 78 f.

98 So Lauschke wie Fn. 96.

99 Vgl. Strempel wie Fn. 97, S. 43. Dieser Zeitfaktor kommt darin zum Ausdruck, daß beim Sukzessivlieferungsvertrag die vereinbarte Leistung nicht einmalig, sondern in zeitlich nacheinander folgenden Abschnitten zu erbringen ist, vgl. etwa Erman/Hefermehl, BGB, Vor. § 145, Rdnr. 44 (Erfüllung in zeitlich getrennten Teilleistungen).

Vertragsbeendigung ist im übrigen kein Charakteristikum des Sukzessivlieferungsvertrages, sondern findet eine Parallele bei anderen Dauerschuldverhältnissen. Wie ein Blick auf das Miet-, Dienst- u. Arbeitsvertragsrecht zeigt, tritt bei diesen regelmäßig als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Vertragsformen generell das Recht zur Kündigung an die Stelle des Rücktrittsrechts.[100] Da auch Sukzessivlieferungsverträge Dauerschuldverhältnisse sind[101], kann es nicht überraschen, daß dort ähnl. Grundsätze für die Vertragsbeendigung gelten. Im übrigen findet selbstverständlich Kaufvertragsrecht Anwendung.[102]

Auch das zweite von LAUSCHKE herangezogene Kriterium der Vorratsschuld[103] vermag seine Argumentation nicht hinreichend zu stützen. Ob bei Kaufverträgen unbeschränkte Gattungs-, Vorrats- oder Stückschulden vorliegen, ist regelmäßig eine Folge der jeweils getroffenen Vereinbarung.[104] Auch singuläre Kaufverträge können also ohne weiteres Vorratsschulden zum Inhalt haben.[105]

Schließlich erweist sich auch das von LAUSCHKE gewonnene Auslegungsergebnis des Vertragsinhalts als nicht haltbar.[106] Regelmäßig kommt

---

100 Vgl. etwa §§ 542, 554 BGB beim Mietvertrag, § 626 BGB beim Dienst- u. Arbeitsvertrag.

101 Vgl. etwa Erman/Sirp, BGB, § 241, Rdnr. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 164; Fikentscher, Schuldrecht, S. 32; Pietras, Arbeitskampf, S. 79.

102 So zutr. z.B. Fikentscher wie Fn. 101, S. 355; Pietras wie Fn. 101; Staudinger/Köhler, BGB, Vorbem. zu § 433, Rdnr. 14 (Sukzessivlieferungsvertrag als einheitlicher Kaufvertrag).

103 Zu Begriff u. Kennzeichen die Hinweise oben 3. Teil (S. 477 u. S. 484).

104 Zusätzlich sind die Umstände des konkreten Einzelfalls heranzuziehen, vgl. z.B. Erman/Sirp, BGB, § 243, Rdnr. 7 (zur Entscheidung zwischen unbeschränkter Gattungsschuld u. Vorratsschuld).

105 Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 78 f. geht sogar soweit, bei jedem mit einem Hersteller geschlossenen Vertrag eine Beschränkung der Lieferpflicht auf von diesem hergestellte bzw. herzustellende Ware anzunehmen.

106 Gegen das aus der ergänzenden Vertragsauslegung gewonnene Ergebnis Pietras, Arbeitskampf, S. 79 f.; Strempel, Leistungsstörungen, S. 44 f.

es dem Käufer beim Kaufvertrag nämlich nur auf die Lieferung der Kaufsache, nicht aber darauf an, wie diese im einzelnen entsteht.[107] Insbes. wird sich der Käufer beim Vertragsschluß am Preis der Kaufsache orientieren, nicht aber an dessen konkreten Zustandekommen.[108] Es wäre daher nicht interessengerecht, dem Käufer Umstände zurechnen zu wollen, die der eigentlichen Lieferung zeitlich vorgeschaltet sind. Die in die Herstellungsphase fallenden Risiken, zu denen u.a. auch arbeitskampfbedingte Störungen zählen, können bei dieser klaren u. eindeutigen Interessenlage nicht schon im Wege der Auslegung teilweise auf den Käufer abgewälzt werden.[109] Das grundsätzliche Fehlen einer ausdrücklichen Abrede beruht m.E. auf dieser eindeutigen Interessenlage. Eine Berücksichtigung des Herstellungsvorgangs wäre nur beim uneigentlichen Werklieferungsvertrag denkbar.[110] Diese Vertragsgestaltung wird aber im Regelfall gerade nicht vorliegen.[111]

Dieser letzte Hinweis bedarf noch einer Erweiterung im hier interessierenden Zusammenhang. Bereits an anderer Stelle wurde klargestellt, daß arbeitskampfbedingte Leistungsstörungen nicht nur bei Kaufverträgen auftreten können.[112] Insbes. Werkverträge u. die hierzu bestehenden Spezialfälle sind aber ebenfalls häufig nicht als Dauerschuldverhältnisse ausgestaltet.[113] Im übrigen wäre es auch bei diesen

---

107 So zutr. Pietras wie Fn. 106, S. 80.

108 Vgl. Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 19.

109 Zur Interessenlage beim Lieferungsvertrag Müller wie Fn. 108.

110 So Pietras wie Fn. 106. Zum "uneigentlichen" Werklieferungsvertrag (§ 651 Abs. 1 S. 2 1. HS. BGB) näher z.B. Erman/Seiler, BGB, § 651, Rdnr. 20 ff.

111 Wesentliches Kennzeichen des "uneigentlichen" Werklieferungsvertrages ist, daß die Herstellung der Sache Vertragsinhalt wird u. der Besteller einen einklagbaren Anspruch auch im Hinblick auf die Herstellung hat, vgl. Erman/Seiler, BGB, § 651, Rdnr. 21 u. 22. Es dürfte aber im geschäftlichen Verkehr dem Besteller vertretbarer Sachen nur ausnahmsweise darauf ankommen, daß gerade sein Vertragspartner die Sache(n) auch selbst produziert; praxisnäher ist wohl diejenige Vertragsgestaltung, daß der Unternehmer entscheiden kann, wie die Sache letztlich entsteht.

112 Dazu im einzelnen oben 2. Teil (S. 65 f.).

113 Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, daß § 649 BGB ein Kündigungsrecht zugunsten des Bestellers vorsieht. Diese Regelung paßt auf Dauerwerkverträge nur ausnahmsweise, vgl. z.B. Erman/Seiler,

Vertragstypen nicht einfach zu begründen, warum dem Besteller aufgrund vertraglicher Überlegungen Risiken aus der Sphäre des Unternehmers aufzuerlegen sind. Man stünde dann vor dem Problem, welche dieser sehr verschiedenen denkmöglichen Risiken[114] z.T. abgewälzt werden können u. welche nicht. Es würde auf diesem Weg zwangsläufig eine unübersichtliche u. unvollständige Kasuistik entstehen, was aber wiederum im Hinblick auf ein möglichst hohes Maß an Rechtssicherheit nicht als anzustrebendes Ziel angesehen werden kann.

Ferner treten auch Kaufverträge im täglichen Leben wohl jedenfalls zahlenmäßig überwiegend als singuläre Verträge auf.[115] In solchen Fällen will aber offenbar auch LAUSCHKE von einer Einbeziehung der Käufer in Risiken, die in die Phase des Herstellungsvorgangs fallen, Abstand nehmen.[116] Es wäre aber ein groteskes Ergebnis, wollte man die Lösung der privatrechtlichen Haftung davon abhängig machen, ob im Einzelfall ein Sukzessivlieferungsvertrag oder ein singulärer Vertrag vereinbart wurde. Auf solche rein schuldrechtlichen Überlegungen kann es gerade nicht entscheidend ankommen.[117]

Schließlich spricht eine weitere Überlegung gegen die Tragfähigkeit von LAUSCHKE's Vorschlag. Bei der Untersuchung des Einflusses des Her-

---

BGB, § 649, Rdnr. 20. Die übliche Gestaltungsform von Werkverträgen kann somit nicht diejenige des Dauerschuldverhältnisses sein. Vgl. zum Ganzen auch Palandt/Thomas, BGB, § 649, Anm. 3.

114 Vgl. nur die in § 608 Abs. 1 HGB aufgeführten sehr verschiedenartigen Risiken, die zugunsten des Verfrachters zu einer Haftungsbefreiung führen. Zur fehlenden Analogiefähigkeit dieser Vorschrift im hier interessierenden Zusammenhang im übrigen schon der Hinweis oben Einl. (S. 11 Fn. 44).

115 Vgl. etwa den diesbezüglichen Hinweis bei Bulla, DB 63, S. 755 (Lieferungsverträge als singuläre Kaufverträge u. als Sukzessivlieferungsverträge). Insbes. bei der Beteiligung von Endverbrauchern an vertraglichen Schuldverhältnissen wird es sich häufig um singuläre Verträge handeln.

116 Lauschke, DB 66, S. 139 baut seine Überlegungen auf der besonderen Natur des Lieferungsvertrages auf, die seiner Meinung nach in der Ausgestaltung als Sukzessivlieferungsvertrag zu sehen sein soll. Gegen eine Geltung dieses Konzepts für singuläre Verträge wie hier Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 78.

117 Auch diesbezüglich muß wieder an den grundsätzlichen Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen erinnert werden.

stellungsvorgangs auf die privatrechtliche Haftung differenziert er nicht nur zwischen rechtmäßigen u. rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen, sondern auch noch zwischen Streiks u. Aussperrungen.[118] Dabei gelangt er zu überraschenden Ergebnissen. Während bei rechtmäßigen Streiks eine Haftung abgelehnt wird[119], soll der Verkäufer bei aussperrungsbedingten Leistungsstörungen dann hierfür einstehen müssen u. sich nicht auf eine Befreiung von seiner Lieferpflicht berufen können, wenn er vor der Aussperrung oder der Teilnahme an einer solchen Arbeitskampfmaßnahme die Interessen seiner kampfunbeteiligten Vertragspartner nicht hinreichend berücksichtigt hat.[120] Abgesehen davon, daß die Feststellung, wann von einer fehlenden Berücksichtigung dieser Interessen ausgegangen werden kann, wieder zu einer Einzelfallbeurteilung mit ihren nun bereits mehrfach erwähnten negativen Konsequenzen führen müßte, stehen dieser Diff. noch weitere schwerwiegende Bedenken entgegen. Sie widerspricht zunächst offenkundig dem Grundsatz der Kampfparität, der die Herstellung einer annähernden Chancengleichheit der sozialen Gegenspieler auch im Arbeitskampf verlangt.[121] Diese Chancengleichheit würde aber nicht mehr bestehen, wenn man den Gewerkschaften gestatten würde, ohne Rücksicht auf bestehende schuldrechtliche Verträge ihrer unmittelbaren oder mittelbaren Kampfgegner Streiks auszurufen u. durchzuführen, während den AG eine weitergehende Berücksichtigung von den aus diesen Verträgen fließenden Pflichten im Arbeitskampf auferlegt werden würde. Diese Sichtweise ist auch durch den zutr. Hinweis auf die gegenüber Streiks nur eingeschränkte Zulässigkeit von Abwehraussperrungen nicht zu halten.[122] Diese hat ihre

---

118 Vgl. im einzelnen Lauschke, DB 66, S. 140 ff.

119 Vgl. Lauschke wie Fn. 118, S. 141 (vertraglich-tatbestandlicher Wegfall der Lieferpflicht bei rechtmäßigen Streiks).

120 Lauschke wie Fn. 118, S. 141 geht dabei davon aus, "daß der Arbeitgeber bei der Aussperrung selbst den Lauf der Dinge bestimmt" u. daher die Haftungsfrage anders als bei Streiks zu beurteilen sei.

121 Im einzelnen oben 3. Teil (S. 427). Zutr. Löwisch, BB 74, S. 1496 (Gleichwertung von Streik u. Aussperrung muß auch bei der Vertragshaftung gelten).

122 Trotz der Einschränkungen, die die Abwehraussperrung in den Aussperrungsurteilen des BAG erfahren hat, verbleiben nach wie vor bei Auseinandersetzungen zwischen den sozialen Gegenspielern nicht seltene Konstellationen wie insbes. Schwerpunktstreiks, in denen diese Arbeitskampfmaßnahme zulässig eingesetzt werden kann (zu den

Grundlage gerade nicht etwa in vertragsrechtlichen, sondern in arbeitskampfrechtlichen Überlegungen.[123] Letztlich wird auch hier deutlich, daß LAUSCHKE trotz seines - zumindest was Streiks betrifft - im Ergebnis arbeitskampffreundlichen Vorschlags die verfassungsrechtliche Stellung des Arbeitskampfes weitgehend außer acht läßt.[124] Damit fehlt aber auch die Möglichkeit der Anbindung dieses Vorschlags an die Vorrangtheorie, deren Geltungsgrund nach der hier vertretenen Auffassung wesentlich auf verfassungsrechtlichen Überlegungen beruht.

§ 2: Vorübergehendes Nichtbestehen schuldrechtlicher Pflichten für die Dauer rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen

Die Möglichkeit, von einem zeitweiligen Nichtbestehen vertraglicher Erfüllungsansprüche als Folge von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen auszugehen, ist im hier interessierenden Zusammenhang auch von LÖWISCH[125] u. SCHLÜTER[126] vorgeschlagen worden. Sie gehen - als Konsequenz des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts - davon aus,

---

Zulässigkeitsvor. im einzelnen oben 3. Teil, S. 350 f.). Wollte man in solchen Fällen die Abwehraussperrung gegenüber Streiks im Hinblick auf die privatrechtliche Haftung anders bewerten, so wäre dem Konzept der abstrakt-materiellen Parität weitgehend der Boden entzogen.

123 Neben der Parität ist insbes. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur Begründung für die eingeschränkte Zulässigkeit der Abwehraussperrung herangezogen worden, vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. V. (Parität) u. B. (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) d.G.

124 Verfassungsrechtliche Überlegungen finden sich insoweit bei Lauschke nur im Rahmen der Diskussion der Sphärentheorie u. ihrer möglichen Übertragbarkeit auf die Lösung der privatrechtlichen Haftung (vgl. Lauschke, DB 66, S. 138 f.). Die Berücksichtigung der für das Arbeitskampfrecht zentralen Verfassungsnorm (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) fehlt aber völlig.

125 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 234 u. Fn. 109 (keine Pflicht zur Vertragserfüllung für die Dauer des Arbeitskampfes; Wiederaufleben des Erfüllungsanspruchs nach Beendigung des Arbeitskampfes); ders., BB 74, S. 1495.

126 Vgl. Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, insbes. S. 231 (trotz der mißverständlichen Ausdrucksweise von Schlüter ist die hier vorgenommene systematische Einordnung seiner Auffassung zutr., wie sich aus dem Hinweis auf Löwisch in Fn. 23 auf S. 231 ergibt).

daß diejenigen AG, die sich im Hinblick auf die Wahrung u. Förderung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen an rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen beteiligen, bestehende schuldrechtliche Verträge gegenüber kampfunbeteiligten Dritten nicht zu erfüllen brauchten, wenn sie wegen eines Arbeitskampfes hieran gehindert würden. Im Ergebnis bedeutet dies nichts anderes, als daß vertragliche Pflichten aufgrund eines Arbeitskampfes suspendiert[127] werden.

Dieser Gedanke ist m.E. zumindest bei vertraglichen Ansprüchen offenkundig geeignet, die Vorrangtheorie in das Schuldrecht zu integrieren u. ihr Ergebnis gegenüber schuldrechtlichen Rechtsfolgen durchzusetzen.[128] Ein zeitweiliges Nichtbestehen vertraglicher Pflichten vermag keine haftungsrechtlichen Sanktionen auszulösen, weil es dann bereits an einer Vertragsverletzung fehlt.[129] Obwohl die Überlegungen von LÖWISCH u. SCHLÜTER mit dem hier entwickelten weiten personellen Geltungsbereich der Vorrangtheorie[130] nicht im Einklang stehen[131], kann daher die mögliche Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten als Folge von rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen trotz der fehlenden Begründung beider Autoren als Untersuchungshypothese der weiteren Diskussion zugrunde gelegt werden. Dabei bleibt insbes. zu erörtern, was Suspendierung bedeutet, ob sie mit dem schuldrechtlichen Haftungssystem in Einklang steht bzw. integriert werden kann, auf welcher Rechtsgrundlage diese Figur beruht u. wie ein Recht zur Suspendierung auszuüben ist.

---

127 Zum Suspendierungsbegriff gleich noch näher unter I.

128 Zur Vorrangtheorie bei deliktischen Ansprüchen unten unter III. 4.

129 Von dieser Vor. gehen sowohl Löwisch als auch Schlüter zumindest stillschweigend aus, da der Erfüllungsanspruch nur dann vorübergehend wegfallen kann, wenn der Schuldner keine Vertragsverletzung begangen hat.

130 Dazu die Hinweise oben 3. Teil (S. 469 f.).

131 Zumindest Löwisch, AcP 174, S. 256 ff. u. BB 74, S. 1496 f. geht ausdrücklich davon aus, daß bei Fortpflanzung von arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen über mittelbar kampfbetroffene Personen erster Stufe hinaus die allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze anzuwenden seien, da es bei den nur mittelbar betroffenen Schuldnern an einer Kollision zwischen der Pflicht zur Regelung der Arbeits- u. Wirtschaftsbedingungen u. der Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung schuldrechtlicher Verträge fehle.

I. Begriff und Inhalt der Suspendierung von Pflichten

Unter "Suspendierung" wird ganz überwiegend das zeitweilige Aussetzen von schuldrechtlichen Pflichten verstanden.[132] In den Fällen nur vorübergehender Verhinderung bei der Erfüllung solcher Pflichten sollen die zugrunde liegenden Schuldverhältnisse nicht aufgelöst bzw. beendet werden, wenn die Schuldner nicht endgültig an der Bewirkung der von ihnen geschuldeten Leistungen verhindert sind.[133]

Es ist kein Zufall, daß das Institut der Suspendierung v.a. im Arbeitsrecht eine zentrale Bedeutung erlangt hat.[134] Da insbes. die AN vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhängig sind, um ihren Lebensunterhalt bestreiten zu können, entspricht ein nur vorübergehendes Nichtbestehen der Arbeitspflicht i.a. ihrer Interessenlage, da das Band des Arbeitsvertrages dadurch nicht endgültig zerschnitten wird, sondern die suspendierte(n) Pflicht(en) nach Wegfall des jeweiligen Hindernisses wieder aufleben.[135] Eine Neubegründung des Arbeitsverhältnisses durch Abschluß eines Arbeitsvertrages ist somit nicht er-

---

132 Vgl. etwa Isele, FS für Molitor, S. 107; Kazakos, Suspendierung, S. 30; Woltereck, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII, unter A.; grundsätzlich wohl auch Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 19 m.w.N. in Fn. 3 (jeweils am Beispiel der zeitweiligen Aussetzung der arbeitsvertraglichen Arbeitspflicht).

133 Vgl. Isele wie Fn. 132; Kazakos wie Fn. 132; Otte wie Fn. 132; Seiter, Streikrecht, S. 232; Woltereck wie Fn. 132, unter A. 2. (jeweils am Beispiel des Arbeitsvertrages). Vgl. auch ArbG Elmshorn v. 21.5.84, DB 84, S. 1584 (Recht des AG zur unbezahlten Freistellung von AN, wenn diese während eines Arbeitskampfes aus vom AG nicht zu vertretenden Gründen nicht beschäftigt werden können).

134 Daneben spielt die Figur der Suspendierung traditionell im Beamtenrecht eine wichtige Rolle. Sie hat dort in den §§ 91 ff. BDO sogar eine einfachgesetzliche Regelung erfahren, vgl. dazu auch die Hinweise bei Bühn, Einseitige Suspendierung, S. 6 u. Woltereck wie Fn. 132 unter A. 1.

135 Vgl. etwa Molitor, Anm. zu BAG v. 22.1.59, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII, Entscheidungen 1, unter 1. (Suspendierung bedeutet für die Betroffenen Erleichterung gegenüber Kündigung). Die Frage, wie das Wiederaufleben dieser Pflichten erfolgt, kann nicht generell beantwortet werden. Dies hängt wesentlich von der rechtlichen Qualifizierung des Rechts zur Suspendierung ab; dazu im hier relevanten Zusammenhang unten unter III., 3.

forderlich.[136] Zudem bleiben auf diesem Weg bereits bestehende Rechtspositionen ohne Einschränkungen erhalten[137], was ebenfalls mit der sozialpolitischen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses völlig im Einklang steht. Ein nur zeitweises Aussetzen von arbeitsvertraglichen Pflichten, insbes. der Lohnzahlungspflicht, wird in vielen Fällen auch den unternehmenspolitischen Zielen der AG entsprechen.[138]

Innerhalb des Arbeitsrechts kann zunächst zwischen vertraglicher, gesetzlicher u. richterrechtlicher Suspendierung differenziert werden[139], je nachdem, auf welcher Rechtsgrundlage das zeitweilige Ruhen von Pflichten beruht. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Suspendierung der beiden arbeitsvertraglichen Hauptpflichten - Arbeitspflicht der AN; Vergütungszahlungspflicht der AG[140] - während rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen. Die Suspendierung dieser Pflichten hat ihren Geltungsgrund, wenn man der gerade skizzierten Klassifikation

---

136 So zutr. Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 19; Seiter, Streikrecht, S. 232; vgl. auch Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 128 (kein Einfluß von Arbeitskampfmitteln auf den Bestand der Arbeitsvertragsbeziehungen).

137 Als Beispiele sind etwa Anwartschaften in einer betrieblichen Altersversorgung, längerer Erholungsurlaub, verlängerte Kündigungsfristen u. Eingruppierung in günstigere Vergütungsgruppen zu nennen, vgl. dazu z.B. Isele, FS für Molitor, S. 107; Otte wie Fn. 136; Seiter wie Fn. 136, S. 233; zu den Folgen der Suspendierung für bestehende Versorgungsanwartschaften auch BAG v. 22.1.59, AP Nr. 2 zu § 7 AltbankenG Berlin, unter 2. c, d.G.

138 Vgl. dazu etwa die Hinweise bei Kazakos, Suspendierung, S. 36. Hier ist auch die sog. Werksbeurlaubung einzuordnen, sofern man sie als einen Fall der Suspendierung anerkennt (a.A. etwa Wolter eck, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII, unter A. 2.), da ein AG auf diesem Weg seine Lohnzahlungspflichten gegenüber der Belegschaft oder eines Teils hiervon vorübergehend aussetzen, bei Bedarf aber wieder auf die Arbeitsleistungen der betroffenen AG zurückgreifen kann. Die Interessen des AG verkennt Bühn, Einseitige Suspendierung, S. 9 f., wenn sie unter Suspendierung nur den völligen Verzicht auf die Arbeitspflicht subsumieren will.

139 Vgl. Kazakos wie Fn. 138, S. 30 ff. (mit Anwendungsfällen) u. S. 49; vgl. auch die - allerdings ungeordnete - Darstellung verschiedener Suspendierungsfälle bei Seiter, Streikrecht, S. 230 ff., die ebenfalls die einzelnen zu unterscheidenden Rechtsgrundlagen der Suspendierung deutlich werden läßt.

140 Zum Arbeitsvertrag als gegenseitigem Vertrag etwa Söllner, Arbeitsrecht, S. 239; zu den arbeitsvertraglichen Hauptpflichten z.B. Hueck/Nipperdey, Grundriß, S. 47.

der Rechtsgrundlagen folgt, jedenfalls vordergründig im Richterrecht.[141]

Innerhalb der Suspendierung wird häufig weiter zwischen einseitiger u. zweiseitiger[142] sowie zwischen einseitiger u. einverständlicher Suspendierung[143] unterschieden. Die zuerst genannte Diff. soll sich danach richten, ob nur eine oder aber beide Hauptpflichten des Arbeitsvertrages zeitweilig ruhen (sollen). Daran ist zutr., daß nicht in allen bislang anerkannten Suspendierungsfällen beide Hauptpflichten ruhen.[144] Wenn auch insoweit an dieser Klassifikation festgehalten werden kann, so ist doch m.E. die Fixierung der Suspendierungswirkung auf Hauptpflichten insgesamt zu eng. Einerseits werden damit nämlich stillschweigend insbes. vertragliche Nebenpflichten weitgehend ausgegrenzt.[145] Dies ist deshalb nicht haltbar, da jedenfalls selbständi-

---

141 Vgl. BAG v. 28.1.55, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 6. d.G. (zum Streik); BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter Teil III C. d.G. (i.d.R. nur suspendierende Wirkung von Aussperrungen); Kazakos, Suspendierung, S. 45. Seiter, Streikrecht, S. 230 bezeichnet die suspendierende Wirkung von Streiks auf das Arbeitsverhältnis als einen der wenigen Punkte, über den weitgehende Einigkeit bestehe.

142 Vgl. z.B. Kazakos wie Fn. 141, S. 46 f.

143 Vgl. Isele, FS für Molitor, S. 118; Molitor, Anm. zu BAG v. 22.1.59, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII, Entscheidungen 1., unter 1.; Woltereck, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII unter B. I. u. II.

144 Kazakos wie Fn. 141, S. 46 führt in diesem Zuammenhang zutr. die Fälle des § 629 BGB an. Dem kann insoweit gefolgt werden, als dort gekündigten AN ein Anspruch auf Freistellung zum Zwecke der Stellensuche unter Beibehaltung des Anspruchs auf Zahlung der Vergütung (gestützt auf § 616 Abs. 1 BGB, vgl. etwa BAG v. 11.6.57, BAGE 4, S. 191) gewährt wird. Die Pflicht zur Zahlung der Vergütung kann allerdings grundsätzlich auch entfallen, da § 616 Abs. 1 BGB abdingbar ist.

145 So deutlich Kazakos wie Fn. 141, S. 46 f., wo unter das Begriffspaar einseitige - zweiseitige Suspendierung nur noch Hauptpflichten subsumiert werden. Dies mag zwar im Hinblick auf die arbeitsvertraglichen Pflichten zutreffen - vgl. in diesem Zusammenhang auch Schwerdtner, Jura 85, S. 24 u. Seiter, Streikrecht, S. 233, wo auf das Bestehenbleiben von Nebenpflichten ausdrücklich hingewiesen wird -, hier führt aber die Beschränkung auf Arbeitsverträge allein nicht weiter.

ge Nebenpflichten[146] auch unabh. von Hauptpflichten verletzt werden u. dann schuldrechtliche Sanktionen zur Folge haben können.[147] Außerdem sind auch Schuldverhältnisse anerkannt, denen keine Hauptpflichten i.S.d. §§ 320 ff. BGB immanent sind. Auch dort wird man jedoch ein zeitweiliges Ruhen der jeweiligen Pflichten als denkmöglich anerkennen müssen.[148] Schließlich wird durch die Beschränkung auf vertragliche Hauptpflichten von vornherein die deliktische Komponente der Schuldverhältnisse ausgeklammert. Dies kann deshalb nicht überzeugen, da es sich auch hierbei um schuldrechtliche Pflichten handelt, die zwar aus gesetzlichen Schuldverhältnissen fließen[149], was aber nicht bereits eine Ablehnung der möglichen Suspendierung derartiger Pflichten bedeuten kann.

Neben der eben skizzierten Klassifikation wird man m.E. weiter auch zwischen einverständlicher u. einseitiger Suspendierung von Pflichten differenzieren müssen.[150] Während die Kategorie der einverständlichen Suspendierung wohl mit der Suspendierung aufgrund von Verträgen gleichgesetzt werden kann[151], ist bei der Suspendierung kraft Gesetz u. Richterrecht auch ein zeitweiliges Ruhen von Pflichten durch einen

---

146 Darunter fallen jene Pflichten, die neben den Hauptpflichten stehen u. gegenüber diesen von geringerer Bedeutung sind, vgl. dazu z.B. Larenz, Schuldrecht AT, S. 8 (der diese Pflichten als Nebenleistungspflichten bezeichnet); ebenso auch Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 40.

147 Vgl. etwa Esser/Schmidt wie Fn. 146 (Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Gläubigers solcher Pflichten; selbständige Geltendmachung im Prozeß). Zu eng daher Kazakos, Suspendierung, S. 49, wenn er die Suspendierungswirkung nur auf solche Nebenpflichten erstrecken will, die mit Hauptpflichten "im engsten Zusammenhang" stehen.

148 Es wäre m.E. grotesk, z.B. bei einer unentgeltlichen Verwahrung (§ 688 BGB) die Möglichkeit einer Suspendierung abzulehnen, sie bei einer entgeltlichen Verwahrung als gegenseitigem Vertrag - vgl. etwa Erman/Seiler, BGB, § 688, Rdnr. 4 - aber anzuerkennen.

149 Vgl. nur Erman/Sirp, BGB, Einl. § 241, Rdnr. 17; Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 17.

150 Oben vor Fn. 143 (S. 520).

151 Woltereck, AR-Blattei, D, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis VII, unter B. I. spricht in diesem Zusammenhang von Suspendierungsvereinbarungen, die im Hinblick auf § 305 BGB zulässig u. wirksam seien.

einseitigen Akt möglich.[152] Dies wird insbes. dann offenkundig, wenn man wiederum auf den wohl wichtigsten Anwendungsfall der richterrechtlichen Suspendierung, dem Ruhen arbeitsvertraglicher Pflichten während rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen[153], hinweist. Dort können beide Hauptpflichten auch allein durch AG bzw. AN vorübergehend ausgesetzt werden.[154]

Zusammenfassend kann daher Suspendierung als das zeitweilige Ruhen schuldrechtlicher Pflichten aufgrund Vertrag, Gesetz oder Richterrecht verstanden werden, wobei sowohl Pflichten nur einer als auch mehrerer der an Schuldverhältnissen beteiligten Parteien betroffen sein können. Das zeitweilige Aussetzen kann einseitig u. einverständlich herbeigeführt werden. Die Folge ist eine vorübergehende inhaltliche Änderung der jeweiligen Pflichten.

Da der rechtmäßige Arbeitskampf nun entweder bereits begrifflich oder aber aufgrund seiner bislang anerkannten praktischen Erscheinungsformen als ein nur vorübergehendes, zeitweiliges Hindernis bei der Erfüllung schuldrechtlicher Pflichten anzusehen ist[155], bleibt zu prüfen, ob der Suspendierungsgedanke auch für die an dieser Stelle klärungsbedürftige Frage der zeitweiligen Aussetzung schuldrechtlicher Pflichten außerhalb des Arbeitsvertragsrechts nutzbar gemacht werden kann. Damit könnte zunächst ein vorübergehendes Ruhen von aus den im Rahmen dieser Untersuchung relevanten Vertragsformen fließenden schuldrechtlichen Pflichten für die Dauer rechtmäßiger Arbeitskämpfe als Untersuchungshypothese formuliert u. ggf. weiter spezifiziert werden.

---

152 Zur rechtlichen Ausgestaltung dieser Form der Suspendierung noch näher unten unter III., 3.

153 Vgl. etwa Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 125 (Einseitiges u. unmittelbares Einwirken streikender AN u. aussperrender AG auf bestehende Arbeitsverhältnisse). Dieser Gesichtspunkt ist streng von der Frage zu trennen, auf welcher Rechtsgrundlage ein Recht zur einseitigen Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten beruhen kann, dazu gleich unten unter III., 1.

154 Die AN können dabei die Arbeitspflicht, die AG die Vergütungszahlungspflicht suspendieren, vgl. z.B. Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 125; zur Suspendierung der Arbeitspflicht durch Streiks auch Seiter, Streikrecht, S. 234 u. S. 270.

155 Dazu im einzelnen bereits oben 3. Teil (S. 479 u. Fn. 1729).

II. Die Anwendung des Suspendierungsgedankens innerhalb des Schuldrechts

Gegen die Heranziehung des Suspendierungsgedankens innerhalb des Schuldrechts könnte insbes. eingewendet werden, daß diese Figur jedenfalls dem Zweiten Buch des BGB auf den ersten Blick fremd ist.[156] Zur Stützung dieser These könnte zutr. darauf hingewiesen werden, daß diese Rechtsfolge bei Störungen im Rahmen der Abwicklung von Schuldverhältnissen weder ausdrücklich im Gesetz geregelt ist noch anderweitig eine grundsätzliche Anerkennung gefunden hat.[157]

Das Schuldrecht geht in solchen Fällen vielmehr davon aus, daß die objektiven Vor. einer Vertragsverletzung u. ggf. einer unerlaubten Handlung vorliegen.[158] Welche Rechtsfolgen jeweils eintreten, hängt davon ab, wie die jeweilige Pflichtverletzung zu qualifizieren ist u. ob der Schuldner den ursächlichen Umstand der Pflichtverletzung zu vertreten hat, was nach der hier vertretenen Auffassung zusätzlich das Vorliegen der Rechts- bzw. Vertragswidrigkeit voraussetzt.[159] Unabh. von der daraus resultierenden Notwendigkeit einer Einzelfallbeurtei-

---

156 Seiter wie Fn. 154, S. 230 führt dies darauf zurück, daß es sich bei der Suspendierung um ein Charakteristikum der vom BGB vernachlässigten Dauerschuldverhältnisse handele; ähnl. Bühn, Einseitige Suspendierung, S. 6 (Suspendierung als Besonderheit aller Dauerschuldverhältnisse); Isele, FS für Molitor, S. 107 (Relevanz der Suspendierung bei allen Arten von Dauerschuldverhältnissen). Allerdings finden sich auch im BGB gesetzlich geregelte Fälle einer Suspendierung von Pflichten; als wohl anschaulichstes Beispiel kann das Ruhen der elterlichen Sorge bei rechtlichen u. tatsächlichen Hindernissen (§§ 1673 ff. BGB) gelten, dazu näher etwa Kazakos, Suspendierung, S. 113 f. Zu weiteren Suspendierungsregelungen innerhalb des BGB die Hinweise bei Bühn u. Isele jeweils wie oben.

157 Bezeichnend hierfür ist, daß die zahlreichen Lehrbücher zum Schuldrecht dieser Figur soweit ersichtlich keine Beachtung schenken.

158 Beide Folgen treten aber nicht immer gleichzeitig ein, weil § 823 Abs. 1 BGB als zentrale anspruchsbegründende Norm des Deliktsrechts keine relativen Rechte, wie sie aus Verträgen fließen, schützt, vgl. statt vieler nur Kötz, Deliktsrecht, S. 43; Larenz, Schuldrecht BT, S. 605 f.

159 Während vom Verschuldensgrundsatz des BGB zahlreiche Ausnahmen anerkannt sind - dazu die Hinweise oben 1. Kap. (S. 492 f.) - gibt es nur wenige Fälle einer Haftung auch ohne Rechtswidrigkeit, dazu näher z.B. Fikentscher, Schuldrecht, S. 274.

lung läßt das Gesetz nur ausnahmsweise trotz einer Vertragsverletzung vertragliche Erfüllungsansprüche fortbestehen. Bei diesem durch § 286 Abs. 1 BGB geregelten Fall[160] liegt es aber allein im Belieben des Gläubigers, das Schicksal des vertraglichen Erfüllungsanspruchs zu bestimmen. Da bei Eingreifen von § 286 Abs. 1 BGB auch die Vor. des vom Schuldner zu vertretenden Schuldnerverzugs vorliegen, ist es dem jeweiligen Gläubiger unbenommen, auch nach §§ 286 Abs. 2, 326 BGB vorzugehen u. auf diesem Weg den Erfüllungsanspruch u. ggf. das ganze Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen.[161] Diese Abhängigkeit der Rechtsfolgen vom Gläubigerinteresse ist aber nicht geeignet, den Wertungen der Vorrangtheorie zu entsprechen, da danach bei Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen unabh. vom Willen oder einem möglichen Entgegenkommen des kampfunbeteiligten Gläubigers keine Haftung eintreten soll.

In den Fällen endgültiger Unmöglichkeit, die bei arbeitskampfbedingten Störungen nur ausnahmsweise vorliegen[162], ordnet das Gesetz grundsätzlich das Erlöschen vertraglicher Erfüllungsansprüche an.[163] Bei der vom Schuldner nicht zu vertretenden Unmöglichkeit[164] ergibt sich dies aus § 275 BGB, wobei zusätzlich bei gegenseitigen Verträgen der Schuldner unter den Vor. des § 323 BGB auch seinen Anspruch auf die

---

160 Vgl. etwa Emmerich, Leistungsstörungen, S. 119; Erman/Battes, BGB, § 286, Rdnr. 2; Larenz, Schuldrecht AT, S. 324.

161 Zu den Rechtsfolgen dieser Normen im einzelnen z.B. Fikentscher, Schuldrecht, S. 216 f. (§ 286 Abs. 2 BGB) u. S. 218 ff. (§ 326 BGB); zu § 326 BGB auch Medicus, Bürgerliches Recht, S. 145.

162 Vgl. dazu etwa die Beispiele bei Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 228; ferner wäre auf die Fälle absoluter Fixschulden hinzuweisen, dazu z.B. Medicus wie Fn. 161, S. 144. Zum Regelfall des Schuldnerverzugs bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen zutr. Bulla, DB 63, S. 755; Pietras, Arbeitskampf, S. 70.

163 Eine Parallelvorschrift zu § 286 Abs. 1 BGB fehlt im Recht der Unmöglichkeit der Leistung. Der wesentliche Grund für diese abw. Regelung liegt wohl darin, daß bei Verzug die Primärleistung noch nachholbar u. für den Gläubiger i.d.R. von Interesse ist, so Larenz, Schuldrecht AT, S. 324.

164 Unmöglichkeit umfaßt sowohl objektive als auch subjektive Unmöglichkeit, vgl. dazu näher Erman/Battes, BGB, Vor §§ 275 - 292, Rdnr. 2 u. 9; auch Gillig, Nichterfüllung, S. 5 f.

Gegenleistung verliert.[165] Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, so ergeben sich gem. §§ 280, 325 BGB die bereits beim Schuldnerverzug skizzierten Rechtsfolgen u. damit auch deren Unzulänglichkeiten.[166]

Daher ist vorab festzustellen, daß das dualistische System der Leistungsstörungen[167] - zumindest die hierzu bestehenden gesetzlichen Regelungen - weder dem durch die Vorrangtheorie vorgegebenen Ergebnis vollständig Rechnung tragen noch mit den Interessen der an vertraglichen Schuldverhältnissen beteiligten Personen immer in Einklang gebracht werden kann. Da die arbeitskampfbedingte Nichtleistung grundsätzlich nur vorübergehender Natur ist, entspricht weder ein endgültiges Erlöschen von vertraglichen Erfüllungsansprüchen[168] noch eine endgültige Vertragsbeendigung den wohlverstandenen Interessen von Vertragsparteien, obwohl die Auflösung von Verträgen wohl die vom Gesetz als Regelfall vorgesehene Reaktion für Unregelmäßigkeiten bei der Vertragsabwicklung darstellt.[169]

Verschiedene Autoren haben im hier interessierenden Zusammenhang bei den Folgen arbeitskampfbedingter Leistungsstörungen auf die Kategorie der vorübergehenden (zeitweisen) Unmöglichkeit bzw. des vorübergehen-

---

165 Zum Ganzen etwa Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 246 u. S. 251 f.; Fikentscher, Schuldrecht, S. 198 f. u. S. 205 f. (mit Hinweisen auf die hierzu bestehenden Ausnahmen).

166 Vgl. die Ausführungen u. Hinweise zu §§ 286 Abs. 2, 326 BGB. Auch hier erlöschen somit grundsätzlich die Erfüllungsansprüche endgültig.

167 Dualistisches System bezeichnet die im BGB ausdrücklich geregelten allgemeinen Leistungsstörungen Unmöglichkeit u. Schuldnerverzug, vgl. Kazakos, Suspendierung, S. 102; Stoll, Leistungsstörungen, S. 31 (ausdrückliche Regelung nur von Unmöglichkeit u. Verzug als typische Fälle der Nichterfüllung).

168 Zur Interessendisposition des Gläubigers beim Schuldnerverzug Larenz, Schuldrecht AT, S. 324. Für den Schuldner kann m.E. nichts anderes gelten, da dieser seine Leistung erbringen u. damit den Anspruch auf die Gegenleistung behalten will.

169 Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Vertragsaufhebung ausf. im Überblick Koch, JuS 83, S. 489 ff.

den (zeitweisen) Unvermögens hingewiesen.[170] Diese dem dualistischen System der Leistungsstörungen ebenfalls fremde Kategorie[171] kann dadurch charakterisiert werden, daß dem Schuldner die Erbringung der geschuldeten Leistung(en) im Betrachtungszeitpunkt zwar unmöglich ist, das Leistungshindernis aber im Zeitablauf wieder wegfallen kann, so daß auch die Vertragserfüllung grundsätzlich wieder möglich wird.[172] Diese Form der Leistungsstörung wird soweit ersichtlich ganz überwiegend unter dem Gesichtspunkt des Eintritts endgültiger Unmöglichkeit - mit den durch §§ 275, 323 BGB angeordneten Rechtsfolgen - untersucht.[173] Dieses Umschlagen der vorübergehenden in die endgültige Unmöglichkeit soll vom Ergebnis einer Auslegung der jeweiligen Verträge u. damit von den Interessen der Vertragsparteien abhängen.[174] Dabei soll zwar dem bloßen Zeitablauf allein noch keine entscheidende Bedeutung zukommen[175], andererseits soll aber die völlige Ungewißheit, wann das Leistungshindernis behoben werden kann, zur endgültigen Unmöglichkeit führen[176], jedenfalls dann, wenn den Parteien ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann.[177]

---

170 Vgl. Löwisch, AcP 174, S. 234 Fn. 109 u. S. 256 mit Fn. 180; Mayer-Maly, Referat, S. 10; Richardi, JuS 84, S. 827; Schmid, NJW 79, S. 16.

171 Das BGB regelt in §§ 275 ff. ausdrücklich nur die dauernde Unmöglichkeit. Die nur vorübergehende Unmöglichkeit soll im Regelfall nicht die Rechtsfolgen der dauernden Unmöglichkeit auslösen, vgl. z.B. Emmerich, Leistungsstörungen, S. 23; auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 189.

172 Zu praktischen Beispielen vorübergehender Unmöglichkeit etwa RG v. 27.9.38, RGZ 158, S. 321 ff.; BGH v. 9.7.55, LM Nr. 7 zu § 275 BGB; vgl. auch die Beispiele bei Medicus, Bürgerliches Recht, S. 142.

173 Vgl. nur die eben in Fn. 172 zitierten Entscheidungen.

174 Vgl. z.B. BGH v. 30.10.53, LM Nr. 4 zu § 275 BGB, Bl. 1 R.; BGH v. 22.10.57, LM Nr. 5 zu § 323 Abs. 1 BGB, unter b, d.G.

175 Vgl. BGH v. 30.10.53, LM Nr. 4 zu § 275 BGB, Bl. 1 R. m.w.N.

176 Zu einem solchen Fall BGH v. 9.7.55, LM Nr. 7 zu § 275 BGB, R.

177 Vgl. dazu etwa Schmid, NJW 79, S. 16. Zu den bei der Prüfung der Zumutbarkeit anzustellenden Überlegungen etwa BGH v. 23.6.54, LM Nr. 3 zu § 323 Abs. 1 BGB, unter b, c, u. d, d.G.

Dieser gerade beschriebene Fall der Ungewißheit liegt aber auch bei arbeitskampfbedingten Leistungshindernissen vor, da zwar deren vorübergehender Charakter feststeht, nicht aber deren konkrete Dauer im Einzelfall. Es kann m.E. aber nicht ernsthaft erwogen werden, in diesen Fällen den Eintritt endgültiger Unmöglichkeit von einer Festlegung der Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen abhängig zu machen. Abgesehen von den Schwierigkeiten bei einer allgemeingültigen Festlegung würde diese Vorgehensweise wiederum den teilweisen Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen ignorieren. Die Entscheidung über die konkrete Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen ist innerhalb der durch den arbeitskampfrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz[178] gezogenen Grenzen Sache der sozialen Gegenspieler u. damit m.E. einer notwendig allgemein gehaltenen Festlegung nicht zugänglich. Auch die von der Rechtsprechung praktizierte Lösung der Abgrenzung von vorübergehender u. endgültiger Unmöglichkeit über Zumutbarkeitserwägungen[179] vermag nicht zu überzeugen. Die Heranziehung solcher Überlegungen ist - wie an anderer Stelle bereits verdeutlicht wurde[180] -, einzelfallbezogen u. damit nicht geeignet, dem Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen vor schuldrechtlichen Erwägungen in der notwendigen Allgemeinheit Geltung zu verschaffen. Dieses Ergebnis kann aber dadurch gewonnen werden, wenn man in den Fällen vorübergehender Unmöglichkeit grundsätzlich von einer Suspendierung vertraglicher Pflichten ausgeht.[181] Entspricht dieses vorübergehende Aussetzen im Einzelfall nicht den Interessen der Vertragsparteien, so bietet das Schuldrecht hinreichend flexible Anpassungsmöglichkeiten.[182] Diese Lösung vermag m.E. der Vorrangtheorie am ehesten Rechnung zu tragen, da die hierdurch angeordnete Risikotragung als Folge kampfparitätischer Überlegungen zugunsten des Gläubigers nur ausnahmsweise durchbrochen werden kann. Aufgrund der

---

178 Dazu näher oben 3. Teil (S. 345 ff.).

179 Oben vor Fn. 176; Huber, JZ 74, S. 434 (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Vgl.auch Medicus, Bürgerliches Recht, S. 142 f., der die Entscheidung zwischen Unmöglichkeit u. Schuldnerverzug anhand von Zumutbarkeitserwägungen als h.M. bezeichnet.

180 Oben 1. Kap. (S. 500 f.).

181 Zu dieser Behandlung ausf. Kazakos, Suspendierung, S. 123 ff.

182 Kazakos wie Fn. 181, S. 126 f. will in solchen Fällen ein Rücktrittsrecht gewähren, das aus einer analogen Anwendung der §§ 361, 636 Abs. 1 S. 1 BGB ableitbar sein soll.

möglichen Flexibilisierung über schuldrechtliche Institute wird m.E. auch eine Diff. zwischen singulären u. Dauerschuldverhältnissen entbehrlich.[183]

Selbst wenn man die Kategorie der vorübergehenden Unmöglichkeit ablehnt[184], so kann dennoch m.E. am eben skizzierten Konzept festgehalten werden. Innerhalb des dualistischen Systems der gesetzlich geregelten allgemeinen Leistungsstörungen würde sich die nicht endgültige Nichtleistung in der Mehrzahl der Fälle als Schuldnerverzug darstellen.[185] Aufgrund der Wertungen der Vorrangtheorie ist weiter davon auszugehen, daß der Schuldner die nicht rechtzeitige Leistung aufgrund rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen nicht vertreten muß. Für diesen Fall fehlt aber ebenfalls eine nähere ausdrückliche gesetzliche Regelung.[186] Als Lösungsmöglichkeit bietet sich auch hier wiederum die Suspendierung der vertraglichen Pflichten für die Dauer der ursächlichen Arbeitskämpfe an, da die Interessenlage der Vertragsparteien genauso zu beurteilen ist wie im Fall der Annahme einer vorübergehenden Unmöglichkeit.[187] Im Einzelfall auftretenden Unbilligkeiten kann auch hier selbstverständlich wieder durch Heranziehung schuld-

---

183 A.A. Kazakos wie Fn. 181, S. 127, der bei Dauerschuldverhältnissen vom Vorliegen einer teilweisen dauernden Unmöglichkeit ausgeht. Warum in solchen Fällen grundsätzlich keine Nachholbarkeit auch einzelner Teilleistungen möglich sein soll, ist allerdings wenig einsichtig.

184 Etwa unter Hinweis auf ihre fehlende gesetzliche Regelung.

185 Bei den Fällen der vorübergehenden Unmöglichkeit handelt es sich somit entweder um endgültige, dauernde Unmöglichkeit, wenn dem Gläubiger ein weiteres Zuwarten nicht zugemutet werden kann, oder aber um Schuldnerverzug.

186 So zutr. z.B. Emmerich, Leistungsstörungen, S. 102 (der allerdings die vom Schuldner nicht zu vertretende Leistungsverzögerung nur beiläufig erwähnt); Kazakos, Suspendierung, S. 127. Kazakos nennt in diesem Zusammenhang wiederum §§ 361, 636 Abs. 1 S. 1 BGB, die einen allgemeinen Rechtsgedanken enthielten, der auch für andere Fälle nicht zu vertretender Leistungsverzögerung gelte; ebenso Emmerich wie oben, S. 102 f., der zusätzlich noch § 327 S. 2 BGB entsprechend anwenden will.

187 Wegen der zeitlichen Begrenzung von Arbeitskampfmaßnahmen wird nur ausnahmsweise die Annahme einer dauernden Unmöglichkeit begründet sein, so daß auch einer Anwendung der §§ 275, 323 BGB der Boden entzogen ist. Zum zeitlich begrenzten Charakter des Arbeitskampfes auch BAG v. 30.3.82, DB 82, S. 2140.

rechtlicher Institute entsprochen werden.[188] Da die im Rahmen dieser Arbeit relevanten schuldrechtlichen Verträge gegenseitige Verträge sind[189], führen arbeitskampfbedingte Störungen zur Suspendierung der jeweiligen Hauptpflichten sowie der Abnahmepflichten, falls diese nicht ohnehin auch als Hauptpflichten ausgestaltet sind. Im übrigen ist - wie noch zu zeigen sein wird - am Bestand des jeweiligen Vertragsverhältnisses festzuhalten, damit nach Beendigung des betreffenden Arbeitskampfes eine weitere bzw. endgültige Abwicklung der noch ausstehenden Leistungen erfolgen kann.[190] Die Geeignetheit der hier vertretenen Lösung über die Suspendierung vertraglicher Pflichten wird auch daran erkennbar, daß mit Hilfe dieser Konstruktion auch die Fälle des Annahmeverzugs ohne Schwierigkeiten i.S.d. Vorrangtheorie gelöst werden können.[191] Damit ist zunächst festzuhalten, daß bei Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen im Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter vertragliche Hauptpflichten aus gegenseitigen Verträgen sowie ggf. Abnahmepflichten für die Dauer solcher Arbeitskämpfe suspendiert werden.

---

188 Ob man dabei den Vorschlägen von Emmerich u. Kazakos (oben Fn. 186) folgen soll, muß an dieser Stelle noch nicht entschieden werden.

189 Oben 2. Teil (S. 65 vor Fn. 23).

190 Es bdarf daher nicht einer im Hinblick auf die notwendige Rechtssicherheit sehr problematischen Lösung über eine u.U. aus § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung des Gläubigers zum Abschluß eines neuen inhaltsgleichen Vertrages nach einem überraschenden Wegfall von Leistungshindernissen. Zu dieser m.E. wenig überzeugenden Konstruktion RG v. 27.9.38, RGZ 158, S. 331 f.

191 Da auch Abnahmepflichten für die Dauer rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen ausgesetzt werden können, ist der Gläubiger vor möglichen rechtlichen Nachteilen zuverlässig geschützt. Eine andere Begründung dieses Ergebnisses würde kaum lösbare Probleme aufwerfen, da es für das Eintreten der Folgen des Annahmeverzugs weder auf Rechtswidrigkeit noch auf ein Vertretenmüssen durch den Gläubiger ankommt. Ferner wäre es m.E. nicht plausibel zu begründen, warum man bei der rechtlichen Behandlung von Abnahmepflichten nach §§ 433 Abs. 2, 640 Abs. 1 BGB von einer Suspendierung dieser Pflichten, bei der Betrachtung ders. Sachverhalte unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs aber von einer Rechtfertigung der Nichtannahme durch den Gläubiger ausgehen soll. Diese eben genannte Konstruktion, die Nipperdey in Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht II/2, S. 957 zur Ablehnung des Eintretens der Rechtsfolgen des Annahmeverzugs heranzieht, ist daher abzulehnen.

Die hier vertretene Lösung stellt im übrigen nur scheinbar einen Fremdkörper im System der Leistungsstörungen dar. Das bereits mehrfach erwähnte dualistische System von Unmöglichkeit u. Verzug entspricht zwar noch der gesetzlichen Regelung, nicht aber den z.T. außerhalb des BGB vorgenommenen Weiterentwicklungen dieses Systems. In diesem Zusammenhang ist nur auf die Tendenzen zu einer allgemeinen culpa-Haftung sowie auf die Objektivierung der Vertragshaftung im Leistungsstörungsrecht hinzuweisen.[192] Greift man als Beispiele für Weiterentwicklungen die Behandlung von Vertragsstörungen im EKG u. die Geschäftsgrundlagenlehre heraus, so wird deutlich, daß diese Regelungsinstitute sehr viel tiefere Einschnitte in das traditionelle Leistungsstörungsrecht hervorrufen als die Suspendierungskonstruktion. Das EKG geht beispielsweise von einem einheitlichen Begriff der Vertragsverletzung unter Einschluß der Sachmängelgewährleistung aus[193] u. ordnet Rechtsfolgen auch unabh. vom Verschulden an.[194] Abgesehen vom eingeschränkten Geltungsbereich des EKG[195] sind die dort vorhandenen Re-

---

192 Dazu statt vieler die Hinweise bei Kazakos, Suspendierung, S. 103 ff. u. S. 106 f. jeweils m.w.N.

193 Vgl. Art. 74 EKG u. Dölle/Stoll, Einheitskaufrecht, Art. 74 EKG, Rdnr. 12 (Generalklausel für alle Fälle der Nichterfüllung) u. Rdnr. 43 (nicht oder nicht gehörige Erfüllung von Leistungspflichten, unabh. von der rechtlichen Qualifizierung dieser Pflichten); Huber, FS für E.R. Huber, S. 255; Schlechtriem, Einheitliches Kaufrecht, S. 40 ff.

Derartige Ansätze, die eine einheitliche Haftung für alle Fälle der Nichterfüllung vorsehen, sind auch im Rahmen des BGB erörtert worden, vgl. nur Stoll, Leistungsstörungen, S. 30 ff. (einheitliche Haftung für die Fälle der Unmöglichkeit, des Schuldnerverzugs u. der pVV).

194 Vgl. nur die Fallgruppe "Haftung für eigenes Handeln", wo es auf das Vorliegen eines Verschuldens nicht ankommt, dazu Dölle/Stoll, Einheitskaufrecht, Art. 74 EKG, Rdnr. 56; vgl. auch die Hinweise bei Kazakos wie Fn. 192, S. 111 f.

195 Gem. Art. 1 Abs. 1 EKG ist dieses Gesetz nur dann anwendbar, wenn die Vertragspartner ihre Niederlassungen im Gebiet verschiedener Vertragsstaaten haben, wenn es sich um Kaufverträge handelt u. diese bewegliche Sachen zum Inhalt haben, vgl. dazu im einzelnen Dölle/Herber, Einheitskaufrecht, Art. 1 EKG, Rdnr. 6 f., 8 f. u. 13 f. Demgegenüber werden Werklieferungsverträge durch Art. 6 EKG nicht generell in den Geltungsbereich einbezogen, vgl. dazu näher Dölle/Schlechtriem, Einheitskaufrecht, Art. 6 EKG, Rdnr. 3 f. Auf Werkverträge ist das EKG überhaupt nicht anwendbar. Im übrigen sind Verträge mit Auslandsbezug explizit nicht Gegenstand dieser Untersuchung (oben Einl., S. 6).

gelungen aber deshalb im hier interessierenden Zusammenhang unangemessen, da sie ebenfalls im Gegensatz zur bestehenden Interessenlage tendenziell auf die Vertragsaufhebung abzielen.[196]

Diese Beurteilung gilt auch für das Beispiel der Geschäftsgrundlagenlehre. Wie sich bereits aus früheren Untersuchungen zum Thema der privatrechtlichen Haftung ergibt[197], ist diese Figur ohnehin aus dogmatischen Gründen nicht geeignet, das Haftungsproblem angemessen zu lösen. Zudem führt auch diese Lehre entweder (ausnahmsweise) zur Vertragsbeendigung[198] oder aber zur endgültigen inhaltlichen Änderung[199] bestehender vertraglicher Pflichten u. bedeutet damit sehr viel weitergehende Einschnitte in das vertragliche Band als eine Suspendierung von Pflichten, die nur zu einer vorübergehenden Aufhebung bzw. inhaltlichen Änderung der Schuldverhältnisse führt.

Damit kann festgehalten werden, daß die Suspendierung vertraglicher Pflichten in das Haftungssystem des Schuldrechts integriert werden kann.[200] Im Ergebnis kann daher der Vorrangtheorie beim objektiven

---

196 Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Schuldner nicht für den zur Nichterfüllung führenden Umstand einzustehen hat; er wird dann i.d.R. von Erfüllungs- u. Schadensersatzpflichten befreit. Dem Gläubiger wird in solchen Fällen nichts anderes übrig bleiben, als Aufhebung des Vertrages zu verlangen, vgl. dazu im einzelnen Dölle/Stoll, Einheitskaufrecht, Art. 74 EKG, Rdnr. 116 ff. u. 124 f. Dies bedeutet, daß der Schuldner auch bei nur vorübergehenden Leistungshindernissen gegen seinen Willen nicht am Vertrag festgehalten werden kann, sondern u.U. ein Neuabschluß notwendig wird. Zu den Nachteilen dieser Konstruktion bereits die Hinweise oben in Fn. 190.

197 Dazu im einzelnen oben 1. Teil (S. 46 f.).

198 Vgl. dazu näher Emmerich, Leistungsstörungen, S. 243 u. S. 245 m.w.N. in Fn. 1 (S. 243); zur zurückhaltenden Handhabung bei der Vertragsbeendigung auch Erman/Sirp, BGB, § 242, Rdnr. 179 (keine automatische Vertragsaufhebung bzw. -beendigung bei Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage). Zum Vorrang der Vertragsanpassung vor der -aufhebung auch Esser/Schmidt, Schuldrecht AT Tb 1, S. 277; Hübner, BGB AT, S. 437 f.

199 Zur Vertragsanpassung bei Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage Emmerich wie Fn. 198, S. 243 f.; Esser/Schmidt wie Fn. 198, S. 276 f.

200 Zur Suspendierung bei deliktischen Ansprüchen kampfunbeteiligter Dritter aus § 823 Abs. 1 BGB noch unten unter III. 4.

Tatbestand anspruchsbegründender Normen angemessene Geltung verschafft werden. Damit bleibt im nächsten Schritt zu erörtern, worauf das Recht zur Suspendierung schuldvertraglicher Pflichten beruht u. wie dieses Recht dogmatisch auszugestalten ist.

III. Das Recht zur Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten

1. Rechtsgrundlagen

Bereits in anderem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, daß die Suspendierung von Pflichten allgemein auf Vertrag, Gesetz oder Richterrecht beruhen kann.[201] Es ist nunmehr zu erörtern, welche dieser Rechtsgrundlagen bei der Suspendierung von gegenüber kampfunbeteiligten Dritten bestehenden schuldrechtlichen Pflichten einschlägig ist. Da die Suspendierung zur Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzs pacta sunt servanda führt[202] u. im BGB keine Regelung dieser Konstellation existiert, ist die Suche nach einer anderweitigen Legitimation unverzichtbar.

a) Vertrag

Regelmäßig ergibt sich aus den mit kampfunbeteiligten Dritten abgeschlossenen schuldrechtlichen Verträgen ausdrücklich kein Recht zur Suspendierung. Ein solches Recht kann m.E. auch nicht durch Auslegung des Vertragsinhalts abgeleitet werden, da die Parteien diese dem BGB fremde Rechtsfigur nicht in ihre fiktiven Überlegungen im Hinblick auf den möglichen Eintritt von Vertragsstörungen einbeziehen.[203] Aus den sehr verbreiteten Arbeitskampfklauseln folgt vielmehr, daß die Verwen-

---

201 Oben unter I. (S. 519).

202 Der Schuldner braucht vorübergehend seine vertraglich geschuldete Leistungen nicht zu erbringen.

203 Daher ist es verständlich, daß die Rechtsfolgen bei arbeitskampfbedingten Eingriffen in den Rechtskreis kampfunbeteiligter Dritter bislang vorwiegend durch Anwendung von BGB-Vorschriften bestimmt wurden.

der[204] solcher AGB einseitig auch das Haftungsrisiko zu ihren Gunsten verschieben wollen, was aber denknotwendig das Vorliegen bzw. den Eintritt der Haftungsvor. erfordert.

AGB können bereits aus diesem eben genannten Grund nicht als Legitimation zur Suspendierung angesehen werden, da sie nicht nur die Suspendierung von Pflichten[205], sondern auch die Befreiung von der ansonsten aufgrund des dispositiven Rechts eintretenden Haftung zum Gegenstand haben können.[206,207] Wegen ihres grundsätzlich einseitigen Charakters kann es sich auch nicht um eine vertragliche, also einver-

---

204 Verwender i.S.v. § 1 Abs. 1 AGBG ist diejenige (potentielle) Vertragspartei, die den Vertragsabschluß von der Geltung vorformulierter Bestimmungen (AGB) abhängig macht, vgl. etwa Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 1, Rdnr. 19.

205 Auf Suspendierung sind solche Klauseln gerichtet, die den Verwender nur für die Dauer eines Arbeitskampfes von seiner Pflicht zur Vertragserfüllung entbinden, indem etwa die Lieferfrist um diesen Zeitraum verlängert wird, vgl. dazu z.B. die Formulierungsbeispiele bei Eberstein, AGB, S. 91; Rehbinder, Kaufrecht, S. 72 (unter Zif. 9.) u. S. 137 (unter Zif. 4.). Grundsätzlich wird man derartige Klauseln als mit § 10 Nr. 1 AGBG vereinbar ansehen müssen, da die Verschiebung der Fälligkeit der Leistung für die Dauer eines Arbeitskampfes nicht als unangemessen lange Leistungsfrist angesehen werden kann, dazu näher Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 10, Rdnr. 13.

206 Die Überwälzung von Geschäftsrisiken auf den Vertragspartner, wozu auch eine weitgehende Haftungsfreizeichnung zählt, ist einer der wesentlichen Zwecke für die Zugrundelegung von AGB, vgl. z.B. Brox, BGB AT, S. 98; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, Einl., Rdnr. 6.

207 Hierzu zählen Klauseln, die dem Verwender bei Arbeitskämpfen ein Rücktrittsrecht zubilligen oder seine Haftung für arbeitskampfbedingten Verzug oder Unmöglichkeit ausschließen, vgl. dazu die Beispiele bei Rehbinder, Kaufrecht, S. 115 (unter Zif. 4.); vgl. auch Eberstein, AGB, S. 91. Derartige Klauseln sind, soweit sie die Freizeichnung von Schadensersatzansprüchen zum Gegenstand haben, an § 11 Nr. 7 AGBG bzw. im kaufmännischen Verkehr an § 9 AGBG zu messen. Für den Fall eines Rücktrittsvorbehalts bestimmt sich die Inhaltskontrolle nach § 10 Nr. 3 AGBG. Vgl. zum Ganzen die Hinweise bei Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 237 m.w.N. in Fn. 59 ff. Zur Unvereinbarkeit einer Klausel mit § 10 Nr. 3 AGBG, die dem Verwender bei Leistungsverzögerungen aufgrund von Arbeitskämpfen in seinem Betrieb ein Rücktrittsrecht gewährt, neuerdings BGH v. 6.12.84, WM 85, S. 201; zu diesem Problemkreis auch BGH v. 26.1.83, BB 83, S. 525 f. (Verstoß einer Klausel in AGB gegen § 10 Nr. 3 AGBG, die Verwender bei Betriebsstörungen jeder Art von Lieferverpflichtung u. Schadensersatzansprüchen befreit).

ständliche Regelung handeln.[208] Es kommt daher m.E. nicht darauf an, daß AGB ihre Geltung erst auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erlangen.[209]

Selbstverständlich ist es den Parteien unbenommen, auch noch nach Eintritt eines arbeitskampfbedingten Leistungshindernisses einverständlich eine Regelung der eintretenden Rechtsfolgen abw. von der gesetzlichen Regelung zu treffen.[210] Eine solche Handhabung war bislang in praxi offenbar nicht selten.[211] Sie bewegt sich zweifellos im Rahmen des privatautonomen Gestaltungsspielraums[212] u. ist damit zulässig. Es kann sich aber hierbei allenfalls um ein nachträglich begründetes

---

208 Vgl. etwa Brox, BGB AT, S. 98 f. (einseitiges Diktat des Verwenders); Larenz, BGB AT, S. 543 f. (Einseitigkeit des Vorgehens des Verwenders); Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 88.

209 Im Regelfall erlangen AGB durch Einbeziehung in den Vertrag gem. § 2 Abs. 1 AGBG Geltung. Zur hiervon grundlegend abw. Rechtslage im kaufmännischen Verkehr ausf. etwa Ulmer in Ulmer/ Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 2, Rdnr. 63 ff. Eine Einbeziehung in den konkreten Vertrag ist deshalb notwendig, weil AGB keinen Normencharakter haben, vgl. Brox, BGB AT, S. 100; Larenz, BGB AT, S. 545. Zum Problem der rechtlichen Behandlung sich widersprechender AGB in Lieferbedingungen einerseits u. Einkaufsbedingungen andererseits z.B. Larenz wie oben, S. 547 f.; Palandt/Heinrichs, BGB, § 2 AGBG, Anm. 6 e, m.w.N.

210 Diese Befugnis ergibt sich zweifellos aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) u. gilt grundsätzlich für alle arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen, also auch für solche, die aufgrund von rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen eingetreten sind. Der kampfunbeteiligte Dritte bedarf insoweit keines Schutzes, wenn er einer für ihn u.U. nachteiligen Vereinbarung seine Zustimmung erteilt.

211 Neben der bereits oben (Einl. S. 10 Fn. 38) hierfür genannten Ursache der AG-Solidarität spielen dabei m.E. auch im konkreten Einzelfall mit kampfunbeteiligten Dritten getroffene Vereinbarungen eine wichtige Rolle. So wurden beispielsweise nach Beendigung des Arbeitskampfes in der Druckindustrie der Tarifrunde 1984 den Zeitungsabonnenten anteilige Gebührenrückvergütungen von den Verlagen angeboten. Zum Anspruch von Zeitungsabonnenten auf Erstattung nicht geschuldeter Leistungen aus § 323 Abs. 3 BGB näher Schmid, NJW 79, S. 17 ff.

212 Einer derartigen Handhabung kommt insbes. bei Folgen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen eine eminente Bedeutung zu, da es andernfalls nach der hier vertretenen Auffassung bei der schuldrechtlichen Haftung der arbeitskampfbetroffenen Vertragspartei sein Bewenden hat (vgl. dazu auch die Hinweise oben 3. Teil, S. 474 f.).

Recht zur Suspendierung handeln. Die zuverlässige Herbeiführung jeglicher Nichthaftung i.S.d. Vorrangtheorie erfordert jedoch ein Recht zur Suspendierung, das bei Eintritt arbeitskampfbedingter Hindernisse bereits besteht u. damit vom Willen der grundsätzlich anspruchsberechtigten Vertragspartner unabh. ist.[213]

b) Gesetz

Es existieren diverse einfachgesetzliche Bestimmungen, die eine Suspendierung anordnen.[214] Sie sind m.E. aber aufgrund ihres jeweils nur sehr beschränkten Regelungsbereichs auf den an dieser Stelle zu behandelnden Problemkreis nicht - auch nicht entsprechend - anwendbar. Zudem haben diese Normen soweit ersichtlich ganz überwiegend die Suspendierung arbeitsvertraglicher Pflichten zum Inhalt[215] u. sind daher auch aus diesem Grund keiner allgemeinen Analogie fähig.[216]

c) Richterrecht

Die Rechtsprechung hat sich bislang ebenfalls ausdrücklich i.w. nur mit der Suspendierung arbeitsvertraglicher Pflichten aus-

---

213 Daraus folgt, daß es sich zwar um ein einseitiges Recht zugunsten der jeweiligen Schuldner handeln muß, das aber seine originäre Rechtsgrundlage nicht auf einzelvertraglicher Ebene haben kann, so daß eine Begründung über Arbeitskampfklauseln nicht in Betracht zu ziehen ist.

214 Vgl. dazu den Überblick bei Kazakos, Suspendierung, S. 37 ff.; vgl. auch die kursorischen Hinweise bei Seiter, Streikrecht, S. 232; ferner Tomandl, Streik und Aussperrung, S. 298 ff. (unter besonderer Berücksichtigung des österreichischen Privatrechts).

215 So deutlich § 1 Abs. 1 ArbPlSchG; vgl. auch Art. 48 Abs. 1 GG, wo dem AN zum Zwecke der Kandidatur zum BT ein gesetzlicher Urlaubsanspruch gewährt wird, dazu Isele, FS für Molitor, S. 110; Seiter wie Fn. 214.

216 Nichts anderes kann selbstverständlich für das vorübergehende Ruhen der elterlichen Sorge (§§ 1673, 1674 BGB) gelten, da es sich hierbei um familienrechtliche Pflichten handelt.

einandergesetzt.[217] Deren Suspendierung ist dabei primär mit der Einheitstheorie[218], hilfsweise auch mit der Sozialadäquanzlehre zu begründen versucht worden.[219] Beide Figuren haben aber einer Überprüfung ihrer Tragfähigkeit nicht standhalten können.[220] Eine nochmalige Auseinandersetzung insbes. mit der Anwendbarkeit der Sozialadäquanzlehre im Schuldrecht allgemein ist daher an dieser Stelle entbehrlich.[221] In Auseinandersetzung mit der Einheitstheorie ist zum Zwecke der Beseitigung von Mängeln u. Begründungsdefiziten dieser Lehre die Konzeption eines Rechts auf kampfweise Betätigung mit seinen beiden Komponenten Streikrecht u. Aussperrungsrecht entstanden.[222] Diese Figur hat in bezug auf die Suspendierung arbeitsvertraglicher Pflichten starke Beachtung gefunden[223], so daß sich die Frage nach ihrer Anwendbarkeit auf schuldrechtliche Pflichten allgemein stellt.

d) Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten aufgrund des Rechts auf kampfweise Betätigung

Ob dieser Ansatz im hier interessierenden Zusammenhang tragfähig ist, hängt zunächst wiederum von der Rechtsgrundlage dieses Rechts ab. Insoweit lassen sich m.E. zwei verschiedene Ansätze unterscheiden, die arbeitsvertragliche sowie die verfassungsrechtliche Begründung eines Rechts auf kampfweise Betätigung.

---

217 Grundlegend BAG v. 28.1.55 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter I. 6. d.G. u. BAG v. 21.4.71, AP Nr. 43 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", Lts. 2. sowie unter Teil III C. d.G.

218 Dazu ausf. oben 3. Teil (S. 138 ff.).

219 Zum Verhältnis von Einheitstheorie u. Sozialadäquanzlehre bei der Begründung der Suspendierungswirkung aufgrund von rechtmäßigen Streiks die Hinweise oben 3. Teil (S. 140 Fn. 109).

220 Vgl. ausf. oben 3. Teil (S. 143 ff. u. S. 168 ff.).

221 Gegen die Anerkennung der Sozialadäquanzlehre als Rechtfertigungsgrund im Privatrecht generell Fikentscher, Schuldrecht, S. 277.

222 Vgl. dazu v.a. Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 13 ff. u. S. 80 ff.; ausf. Seiter, Streikrecht, S. 7 ff., S. 46 ff. u. S. 83 ff. sowie in dieser Arbeit oben 3. Teil (S. 149 f. Fn. 151 u. S. 246).

223 Vgl. z.B. Konzen, AcP 177, S. 482 f. sowie die Anwendung dieses Gedankens zur Begründung der suspendierenden Wirkung bei Kazakos, Suspendierung, S. 66 ff.

aa) Arbeitsvertraglicher Ansatz

Eine Ansicht setzt bei den arbeitsvertraglichen Begründungsversuchen der kollektiven Arbeitskampftheorie an.[224] Grundlage der Berechtigung zum Arbeitskampf soll danach der Arbeitsvertrag sein.[225] Da wegen dem wirtschaftlichen Ungleichgewicht zwischen AG u. AN dem Arbeitsvertrag die Richtigkeitsgewähr fehle, komme dem TV die Funktion der Berichtigung des Arbeitsvertrages im Hinblick auf die Wiederherstellung der vertraglichen Richtigkeitsgewähr zu.[226] Die Verbindung zum Arbeitskampf wird dadurch hergestellt, daß dieser als notwendiger Bestandteil des Tarifsystems angesehen wird.[227] Zwischen Arbeitskampf u. Arbeitsvertrag soll keine Kollision bestehen, sondern die Ergänzung zu einer sinnvollen Einheit möglich sein.[228] Die teilweise Aufhebung des Grundsatzes "pacta sunt servanda"" folge nicht aus der Verdrängung arbeitsvertraglicher Wertungen durch das kollektive Arbeitskampfrecht, sondern sei notwendige Folge der Einwirkung des Tarifsystems auf den Arbeitsvertrag. Die Verknüpfung von TV, Arbeitskampf u. Arbeitsvertrag führe zur Berechtigung des Arbeitskampfes aufgrund des Arbeitsvertrages.[229] Die Einschränkung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" durch den Arbeitskampf wird daneben auch noch auf den Aspekt der Anpassung des Inhalts von Arbeitsverhältnissen an

---

224 Dazu der Überblick oben 3. Teil (S. 136 f.).

225 Zu diesem hier als arbeitsvertraglicher Ansatz bezeichneten Gedanken ausf. Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 80 ff., der ausdrücklich auf frühere Versuche zur Lösung der Kollision von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht Bezug nimmt (vgl. ebenda, S. 80: Versuch "das Arbeitskampfrecht als sinnvoll auf das Arbeitsvertragsrecht bezogen zu interpretieren"; S. 82 ff.: Referierung früherer arbeitsvertraglicher Ansätze; S. 86: Weiterentwicklung der arbeitsvertraglichen Ansätze).

226 Otte wie Fn. 225, S. 95 f. bezeichnet dies als die "Berichtigungsfunktion des TV".

227 Otte wie Fn. 225, S. 97. Zu diesem Problemkreis ausf. in dieser Arbeit oben 3. Teil (S. 272 ff.).

228 Vgl. Otte wie Fn. 225, S. 97 (Streik als arbeitsvertragskonform, nicht arbeitsvertragswidrig) u. S. 98 (keine Verletzung der Arbeitspflicht durch Streiks).

229 Vgl. Otte wie Fn. 225, S. 97 f.

die veränderten wirtschaftlichen Gegebenheiten gestützt.[230]

Beide Begründungsversuche vermögen m.E. nicht zu überzeugen. Das Abstellen auf den Arbeitsvertrag als zentrale Grundlage für die Suspendierung arbeitsvertraglicher Pflichten trägt der verfassungsrechtlichen Stellung von Tarifautonomie u. Arbeitskampf nicht hinreichend Rechnung. Der sich aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ergebende Vorrang dieser Institute[231] wird weitgehend entwertet, wenn man ihnen lediglich einen Hilfscharakter im Hinblick auf das Ziel der ständigen Herbeiführung von - i.S.d. Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages[232] - "richtigen" Arbeitsverträgen zubilligt. Eine einzelvertragliche Vereinbarung kann - wie bereits an anderer Stelle betont wurde[233] - aber grundsätzlich nicht als originäre Quelle eines Rechts zur Suspendierung angesehen werden. Dabei kann es auch keine Rolle spielen, ob es sich um singuläre oder wie im Falle von Arbeitsverhältnissen um Dauerschuldverhältnisse handelt.[234]

Auch die harmonische Betrachtung der Beziehung von Arbeitskampf- u. Arbeitsvertragsrecht muß Bedenken begegnen. Es kann m.E. nicht bestritten werden, daß Arbeitskämpfe u. ihre Folgen grundsätzlich nicht mit dem Gedanken der Vertragstreue, der selbstverständlich auch im Arbeitsvertragsrecht Geltung beansprucht[235], in Einklang gebracht werden können. Dieser Wertungswiderspruch kann vielmehr nur dadurch auf-

---

230 Sog. Anpassungsfunktion des TV, dazu im einzelnen Otte wie Fn. 225, S. 104 ff.

231 Zur Gewährleistung von Tarifautonomie u. Arbeitskampf durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ausf. oben 3. Teil (S. 269 ff.).

232 Zu dieser Lehre näher Schmidt-Rimpler, AcP 147, S. 130 ff.; ders., FS für Nipperdey 1955, S. 5 ff.

233 Oben unter a, (S. 532 ff.).

234 Zwar ist es zutr., wenn etwa Seiter, Streikrecht, S. 230 darauf hinweist, die Suspendierung sei eine typische Erscheinung von Dauerschuldverhältnissen. Dies bedeutet aber m.E. keinesfalls, daß der Suspendierung bei singulären Schuldverhältnissen jede Bedeutung abzusprechen ist (Beispiel: A bestellt bei B erstmals u. einmalig eine Maschine, die dieser unter Beteiligung von AN zusammensetzt; während des Zusammenbaus kommt es zu einem Streik, B kann nicht vereinbarungsgemäß liefern).

235 Davon geht im übrigen auch Otte wie Fn. 225, S. 82 zutr. aus.

gelöst werden, indem man einem Teilbereich den Vorrang vor dem anderen zuweist.[236] Die Lösung dieser Rangfrage muß formal u. abstrakt versucht werden, was eine Berücksichtigung dazu geeigneter Kriterien voraussetzt.[237]

Darüberhinaus spricht gegen diesen Ansatz jedenfalls im hier interessierenden Zusammenhang, daß die zum Arbeitsvertrag dargelegten Grundsätze nicht ohne weiteres auf andere schuldrechtiche Verträge übertragbar sind. Dies gilt insbes. im Hinblick auf das Machtverhältnis der Vertragsparteien zueinander.[238] Insoweit findet das beim Arbeitsvertrag grundsätzlich bestehende wirtschaftliche Machtungleichgewicht zwischen AG u. AN keine allgemeine Parallele im Liefervertragsrecht.[239] Der Vergleich von Arbeitsvertrag u. AGB[240] ist auch im Hinblick auf diesen Aspekt in diesem Zusammenhang nicht stichhaltig, da diese wegen der weitgehenden Inhaltskontrolle durch §§ 9 ff. AGBG[241] im Ergebnis nichts am grundsätzlich bestehenden Machtgleich-

---

236 Darin liegt m.E. ein tragfähiges Element der Einheitstheorie, die bekanntlich von einer Kollision der Wertungen beider Teilrechtsgebiete ausgeht, die durch den Vorrang eines von beiden vor dem anderen gelöst wird.

237 Ein Abstellen auf den einzelnen Arbeitsvertrag muß dabei m.E. ausscheiden. Neben der wenig brauchbaren Einzelfallbezogenheit spricht auch das hier herausgearbeitete Rangverhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht gegen diesen Lösungsvorschlag.

238 Zur fehlenden wirtschaftlichen Machtgleichheit als einem maßgebenden Entstehungsfaktor des modernen Arbeitsrechts etwa Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 3; Söllner, Arbeitsrecht, S. 10 f.

239 Für das Frachtrecht kann demgegenüber keine so allgemeine Aussage getroffen werden. Der Gesetzgeber hat vielmehr dort, wo tendenziell Monopolstellungen eines potentiellen Vertragsteils bestehen, Kontrahierungszwänge normiert, um ein annäherndes Machtgleichgewicht wieder herzustellen, vgl. dazu näher etwa Helm, Haftung, S. 54 (zum Eisenbahnfrachtrecht); Koller in Großkomm. HGB, § 416, Anm. 17 (zum Lagergeschäft). Zum Verhältnis von Privatautonomie, Vertragsfreiheit u. Kontrahierungszwang beiläufig auch die Hinweise oben 3. Teil (S. 396 Fn. 1367 u. S. 398 i.V..m. Fn. 1377).

240 Vgl. Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 88 f.

241 Zur Systematik der §§ 9 - 11 AGBG näher etwa Brandner in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, § 9, Rdnr. 34; Brox, BGB AT, S. 103 f.; Erman/Hefermehl, BGB, § 9 AGBG, Rdnr. 2 u. 17.

gewicht zu ändern vermögen.[242]

bb) Verfassungsrechtlicher Ansatz

Die Anhänger dieser Meinung[243] leiten das Recht auf kampfweise Betätigung u.a. auch aus Normen des Verfassungsrechts ab. Soweit dabei Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG herangezogen wird, ist diese Konstruktion bereits an anderer Stelle in dieser Arbeits als zutr. herausgestellt worden.[244] Dieses Recht auf kampfweise Betätigung enthält sowohl ein Streik- als auch ein Aussperrungsrecht.[245] Dieser Ansatz trägt der verfassungsrechtlichen Gewährleistung von Tarifautonomie u. Arbeitskampf zutr. Rechnung, da er von der Stellung dieser Institute in der Rechtsordnung, insbes. innnerhalb der Hierarchie der verschiedenen Rechtsquellen ausgeht.[246]

Soweit zusätzlich zu Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG weitere Rechtsgrundlagen erörtert werden, vermögen diese m.E. nicht weiterzuführen. Zwar ergeben sich aus diversen Vorschriften des Landesverfassungsrechts[247] in der Tat ebenfalls Hinweise auf einen verfassungsrechtlichen Schutz des Arbeitskampfes.[248] Bereits bei Betrachtung des Streikrechts wird

---

242 Vgl. z.B. Erman/Hefermehl, BGB, Vor § 1 AGBG, Rdnr. 2 u. 5 (Erhaltung von Privatautonomie u. Vertragsfreiheit durch Inhaltskontrolle von AGB); Larenz, Schuldrecht AT, S. 552 (Inhaltskontrolle zur Verhinderung von Benachteiligung der Vertragspartner durch die Verwender von AGB).

243 Vgl. insbes. Kazakos, Suspendierung, S. 66 f. u. S. 72 f.; Seiter, Streikrecht, insbes. S. 83 ff.

244 Ausf. oben 3. Teil (S. 251 ff.).

245 Dies folgt u.a. aus der ebenfalls durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Parität zwischen den sozialen Gegenspielern (im einzelnen oben 3. Teil, S. 439 ff.) sowie aus der Indizwirkung des Wortlautes von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG (dazu der Hinweis oben 3. Teil, S. 440 f.).

246 So deutlich Seiter, Streikrecht, S. 69 ff., S. 126 ff. u. S. 129 ff. (GG, Landesverfassungsrecht, einfaches Gesetzesrecht).

247 Dazu die Hinweise oben 3. Teil (S. 229 m.w.N. in Fn. 556).

248 Insoweit zutr. Kazakos, Suspendierung, S. 67 (Legitimationsgrund für Installation eines suspendierenden Streikrechts).

aber deutlich, daß es an einer bundeseinheitlichen Ausgestaltung dieses Rechts fehlt.[249] Endgültig abzulehnen ist der landesverfassungsrechtliche Ansatz, wenn man nach einer Gewährleistung der Aussperrung sucht. Hierfür fehlt jede positive Regelung.[250] In Hessen soll die Aussperrung sogar verboten sein.[251] Diese Beurteilung steht im Widerspruch zum Grundsatz der Kampfparität u. damit auch zu Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG.[252] Zudem enthält das Landesverfassungsrecht auch in bezug auf das Streikrecht insgesamt keine über Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG hinausgehenden Gewährleistungen. Soweit dort ein Streikrecht zugunsten der Gewerkschaften gewährt wird[253], verstößt diese Regelung gegen elementare Wertungen des GG, da dort nach richtiger Ansicht nur individuelle Rechte als Grundrechte gewährleistet werden u. der Schutz von Verbänden lediglich derivativer Natur ist.[254]

---

249 An dieser Stelle sei nur nochmals auf die inhaltlichen Unterschiede z.B. zwischen Art. 18 Abs. 3 der Verfassung von Berlin v. 1.9.1950 einerseits (vorbehaltslose Gewährleistung eines Streikrechts) u. Art. 66 S. 3 der Verfassung für Rheinland-Pfalz v. 18.5.1947 andererseits (Anerkennung eines Streikrechts der Gewerkschaften im Rahmen der Gesetze) hingewiesen; zum genauen Wortlaut dieser Normen z.B. Hernekamp, Arbeitskampf, S. 21 u. S. 22.

250 Vgl. den zutr. Hinweis von Seiter, Streikrecht, S. 126.

251 Vgl. Art. 29 Abs. 5 der Verfassung des Landes Hessen v. 1.12.1946; zur angeblichen Rechtswidrigkeit von Aussperrungen in Hessen LAG Frankfurt v. 17.4.79, AuR 79, S. 317 ff. (Art. 29 Abs. 5 HessVerf. als geltendes Recht); ebenso vorher auch ArbG Frankfurt v. 27.9.78, AuR 79, S. 92 f.; anders aber jetzt LAG Frankfurt v. 5.6.84, NZA 84, S. 128 ff. unter Hinweis auf die Aussperrungsurteile des BAG v. 10.6.80.

252 Im Ergebnis wie hier BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter A. III. 2. d.G., das sich bei seiner Auffassung allerdings insbes. auf Art. 31 GG stützt. Zust. etwa Rüthers, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 10.6.80, EzA Art. 9 GG "Arbeitskampf" Nr. 37, unter B. I. 3. b,. Gegen die Argumentation des BAG z.B. Bobke, GewMH 83, S. 442 (unter Hinweis auf Art. 142 GG); Wohlgemuth/Bobke, BB 81, S. 2147; wohl auch Kempen, AuR 84, S. 231 f. (fehlende Verfassungsgarantie der Aussperrung; keine Beeinflussung der hessischen Verfassungsrechtslage durch das vorkonstitutionelle TVG).

253 Vgl. dazu den Hinweis auf die Verfassung von Rheinland-Pfalz oben in Fn. 249.

254 Zum Verhältnis von individuellen u. kollektiven Gewährleistungen u. ihren Rechtsgrundlagen ausf. oben 3. Teil (S. 301 ff.).

Die ESC[255] vermag nach der hier vertretenen Auffassung keinen tragfähigen Beitrag zur Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung u. damit auch nicht zur rechtlichen Bewertung seiner Folgen zu leisten. Es fehlt bereits an einer unmittelbaren Anwendbarkeit dieses völkerrechtlichen Vertrages.[256] Darüber hinaus hätte die ESC nur den Rang einfachen Gesetzesrechts[257] u. würde daher vollständig hinter Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zurückzutreten haben, da sie im Vergleich zu dieser Norm keinerlei weitergehende Aussagen enthält.[258]

Ebenso ist es nicht unbedenklich, von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung eines verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf kampfweise Betätigung auszugehen.[259] Wie bereits die Ausführungen allgemein zur Stellung des Arbeitskampfes in der Rechtsordnung deutlich gemacht haben, werden nach wie vor eine Reihe grundsätzlicher Fragen sehr unterschiedlich beantwortet.[260] Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat z.B. die Verbindung von Arbeitskampf u. GG erst vor relativ kurzer Zeit deutlicher herausgearbeitet.[261] Die verfassungsrechtliche Rechtsprechung weist bislang noch mehr Defizite auf.[262]

---

255 Teil II Art. 6 Zif. 4. ESC.

256 Oben 3. Teil (S. 214 ff. u. Fn. 476 ff.).

257 Dazu schon oben 3. Teil (S. 216).

258 Aus diesem Grund bedarf es daher auch nicht der von Seiter, Streikrecht, S. 137 ff. behaupteten Bindung der Rechtsprechung an Art. 6 Zif. 4. ESC; diese ist vielmehr wegen Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG bereits an Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gebunden. Wie Seiter neuerdings auch BAG v. 12.9.84, DB 84, S. 2569, das eine Bindung des Richters an die Wertungen der ESC bejaht, ohne die unmittelbare Anwendbarkeit dieses völkerrechtlichen Vertrages zu entscheiden.

259 So aber Seiter wie Fn. 258, S. 191 (gewohnheitsrechtliche Verfestigung des Streikrechts auf privatrechtlicher Ebene); zust. Kazakos, Suspendierung, S. 67.

260 Oben 3. Teil (S. 241).

261 Vgl. BAG v. 10.6.80, AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", jeweils unter A. I. (Aussperrung) u. A. I. 2. b, (Streik) d.G.

262 Zur Zurückhaltung des BVerfG vor Aussagen zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfes schon der Hinweis oben 3. Teil (S. 271 Fn. 773). Das BVerfG hat jedoch zwischenzeitlich erneut Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, da gegen die BAG-Rechtsprechung zur "Neuen Beweglichkeit" (oben 3. Teil, S. 355 u. Fn. 1188).

Insgesamt ist daher festzustellen, daß von der Existenz eines Rechts auf kampfweise Betätigung ausgegangen werden kann, das seine Rechtsgrundlage allein in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG hat u. sowohl ein Streik- als auch ein Aussperrungsrecht enthält. Aus diesem Zusammenhang allein kann nun aber noch nicht eine wenn auch nur teilweise Durchbrechung des Grundsatzes "pacta sunt servanda" abgeleitet werden, da auch diesem Element in einem wesentlichen Teil verfassungsrechtlicher Schutz zukommt.[263] Erst aus der Gegenüberstellung u. Abwägung beider Rechte bzw. Grundsätze gewinnt man einen teilweisen Vorrang des Rechts auf kampfweise Betätigung[264], der insoweit eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue zu begründen vermag. Daher kann eine Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten nicht allein auf das Recht auf kampfweise Betätigung gestützt werden.[265] Um dem gerade nochmals skizzierten Zusammenhang auch terminologisch Rechnung zu tragen, wird im folgenden vom Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts gesprochen, was nichts anderes bedeutet, als den konkreten Inhalt der hier zugrunde gelegten Vorrangtheorie zu präzisieren. Es ist nunmehr zu erörtern, ob dieses Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts eine Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten zu tragen vermag.

2. Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts als subjektiv-privates Recht

---

sowie BAG v. 12.9.84, DB 84, S. 2563 ff.) Verfassungsbeschwerde durch die unterlegenen AG-Verbände eingelegt wurde (vgl. dazu o.V., der ag 85, S. 6).

263 Dazu die Ausführungen zum Verfassungsschutz derjenigen Rechtsfolgen des Schuldrechts, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben (oben 3. Teil, S. 405 u. S. 410).

264 Im einzelnen oben 3. Teil (S. 416 ff.).

265 Dieses Recht stellt vielmehr nur ein Element der Grundlage zur Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten dar. Es ist zwar die wesentliche Komponente, da es den teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts repräsentiert, dieser Aspekt darf aber nicht zur Folge haben, daß das zweite Element, die schuldrechtlichen Rechtsfolgen, verdeckt wird. Dies wäre insbes. deshalb verfehlt, weil diese nur z.T., nicht vollständig hinter arbeitskampfrechtliche Wertungen zurücktreten.

Mit der Feststellung der Existenz dieses Rechts ist noch keine Aussage darüber getroffen worden, ob u. ggf. wie damit auf der Privatrechtsebene Wirkungen erzielt werden können.[266] Diese Frage kann insbes. deshalb nicht offen bleiben, da die Wirkung der Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten nicht auf verfassungsrechtlicher, sondern auf privatrechtlicher Ebene eintritt u. daher (auch) einer Verankerung auf dieser Ebene bedarf. Dieser Vor. könnte v.a. dann genügt werden, wenn dieses Recht als subjektiv-privates Recht anzusehen wäre.

Bei solchen Rechten handelt es sich um die mindestens einem Individuum zum Zwecke der Befriedigung von Bedürfnissen von der Rechtsordnung verliehene Willens- bzw. Rechtsmacht, um eine von der Rechtsordnung gewährte Ermächtigung zur Ausübung von Rechten auf der Privatrechtsebene.[267]

In anderem Zusammenhang wurde bereits herausgearbeitet, daß es sich sowohl beim Recht auf kampfweise Betätigung als auch bei dem hier durch die in ihrem wesentlichen Geltungsgrund auf der Privatautonomie beruhenden schuldrechtlichen Rechtsfolgen repräsentierten Grundsatz der Vertragstreue (auch) um Grundrechte handelt.[268] Damit ist aber zunächst nur ihr Charakter als subjektiv-öffentliche Rechte, d.h. als Rechte der jeweiligen Grundrechtsträger gegenüber dem Staat, festgelegt.[269] Da es sich bei subjektiv-privaten Rechten aber um privat-

---

266 Bislang kann nur festgestellt werden, daß das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts aus dem GG abgeleitet werden kann. Zur notwendigen Umsetzung derartiger Rechte in privatrechtliche, insbes. in vertragliche Kategorien Kazakos, Suspendierung, S. 71; vgl. auch Krejci, Aussperrung, S. 30 (kein unreflektiertes Kurzschließen verfassungsrechtlicher Erkenntnisse auf der privatrechtlichen Ebene); Seiter, Streikrecht, S. 183 (weitgehend unabhängige Entwicklung der privatrechtlichen Wirkungen des Streikrechts von verfassungsrechtlichen Grundlagen).

267 Vgl. etwa Brox, BGB AT, S. 240; Fikentscher, Schuldrecht, S. 20; Medicus, BGB AT, S. 31 f.; ausf. zum Ganzen Larenz, BGB AT, S. 199 ff. Zu den hier nicht erheblichen Streitfragen bei Begriffsbestimmung u. Bedeutung des subjektiven Rechts näher Medicus wie oben, S. 30 ff.

268 Im einzelnen oben 3. Teil, S. 290 ff. (Recht auf kampfweise Betätigung) u. 3. Teil, S. 403 f. (schuldrechtliche Rechtsfolgen).

269 Zur öffentlichrechtlichen Wirkung von Grundrechten die Hinweise oben 3. Teil (S. 299).

rechtliche Kategorien handelt, bedarf es noch einer Transformation des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts auf die privatrechtliche Ebene.[270] Dies wird zwar wegen Art. 9 Abs.3 S. 2 GG, der jedenfalls für das Recht auf kampfweise Betätigung als der entscheidenden Komponente dieser Befugnis[271], erleichtert, da die durch diese Norm angeordnete unmittelbare Drittwirkung die Privatrechtsrelevanz dieses Rechts grundsätzlich impliziert.[272] Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ordnet aber die Privatrechtsrelevanz lediglich allgemein u. abstrakt an, ohne daß damit schon präzise Aussagen über die konkrete Aufstellung privatrechtlicher Kategorien verbunden sind.[273] Der privatrechtliche Unterbau des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts muß vielmehr erst im einzelnen positiv entwikkelt u. konkretisiert werden.

Da es hier allein um die Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten i.S.d. BGB geht, führen die bisher im Zusammenhang mit der privatrechtlichen Kategorisierung des Rechts auf kampfweise Betätigung angestellten Überlegungen - unabh. von den grundsätzlichen Mängeln in bezug auf die isolierte Betrachtung dieses Rechts - unmittelbar nicht weiter, da diese die Umsetzung dieses Rechts auf der Ebene des Arbeitsvertrages zum Gegenstand hatten.[274] Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, daß das Recht zum Streik den einzelnen

---

270 So zutr. wie hier Kazakos, Suspendierung, S. 71 f.

271 Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG kann aufgrund seiner systematischen Stellung unmittelbar nur für die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Rechte Geltung beanspruchen. Dies ist aber insoweit unschädlich, als der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts wesentlich durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG bestimmt u. damit auch das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts insgesamt durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG geprägt wird.

272 Dazu bereits oben 3. Teil (S. 300).

273 So zutr. Kazakos, Suspendierung, S. 71; weniger zurückhaltend Krejci, Aussperrung, S. 145 (anders aber ders., ebenda, S. 30). Für die hier vertretene Auffassung spricht, daß Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG zwar die grundsätzliche Privatrechtsrelevanz anordnet, nicht aber die detaillierte privatrechtliche Ausgestaltung im einzelnen festlegt. Der sehr allgemein gehaltene Wortlaut dieser Norm führt jedenfalls allein nicht weiter.

274 Vgl. Kazakos wie Fn. 273, S. 73 ff.; Krejci, Aussperrung, S. 140 ff. (für die Aussperrung); Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 80 ff.; Seiter, Streikrecht, S. 182 ff.

AN, das Recht zur Aussperrung den einzelnen AG zusteht[275], so ergeben sich im Hinblick auf die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten kaum noch Begründungsschwierigkeiten. Jede Partei des Arbeitsvertrages hat es auf diesem Weg in der Hand, die zeitweilige Aussetzung ihrer jeweiligen Pflicht unabh. vom Vertragspartner herbeizuführen. Wegen des finalen Verhältnisses[276] von Arbeits- u. Vergütungszahlungspflicht zueinander, hat dies auch die zeitweilige Aussetzung der jeweils anderen Hauptpflicht zur Folge[277], da sich der Vertragspartner, auch wenn er selbst die Suspendierung seiner Pflicht nicht herbeiführen will bzw. kann[278], auf sein gem. § 320 Abs. 1 BGB bestehendes Zurückbehaltungsrecht einredeweise berufen kann.[279] Diese Situation ist aber von vornherein nur z.T. auf andere schuldrechtliche Verträge übertragbar, als sich diejenigen AG, die unmittelbar von den Folgen eines Arbeitskampfes betroffen werden, auf ihr Recht zur Aussperrung berufen u. auf diesem Weg z.B. ihre Lieferpflicht (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) suspendieren könnten. Da jedoch aufgrund der derzeit herrschenden Rechtsprechung jedenfalls Abwehraussperrungen nur

---

275 Dazu ausf. oben 3. Teil (S. 305 ff.).

276 Daß die AN diese Wirkung nur dann herbeiführen können, wenn ihr Streikrecht von einer Gewerkschaft wirksam ausgeübt wird, steht dem nicht entgegen, da allein das Streikrecht Quelle für die Suspendierung ist. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird u.a. dann deutlich, wenn man darauf hinweist, daß bei AN, die an einem Streik nicht teilnehmen, keine Suspendierung ihrer Arbeitspflicht erfolgt, so zutr. Kazakos wie Fn. 273, S. 77; Seiter, Streikrecht, S. 49 (keine Suspendierung durch Gewerkschaft gegen den Willen der AN). Etwas anderes gilt lediglich beim Vorliegen der Vor. der Arbeitskampfrisikolehre; diese Grundsätze sind aber nicht auf den eben behandelten Zusammenhang verallgemeinerbar.

277 Zumindest unexakt ist es, wenn z.T. behauptet wird, der Streik führe zur Suspendierung von beiden arbeitsvertraglichen Hauptpflichten, vgl. etwa Germelmann, Streikrecht, S. 49; Konzen, AcP 177, S. 507; Löwisch/Krauß, AR-Blattei, D, Arbeitskampf II, unter B. II. 2. a, (Suspendierung der Arbeitsverträge durch rechtmäßige Streiks); Söllner, Arbeitsrecht, S. 104. Ebenso bedenklich auch Bobrowski/Gaul, Arbeitsrecht II, S. 155 (Suspendierung der AN-Pflichten durch Aussperrung).

278 Aufgrund der bereits mehrfach erwähnten eingeschränkten Zulässigkeit der Abwehraussperrung könnten sich für die AG unüberwindbare Hindernisse ergeben, wenn sie auf diesen Weg zur Suspendierung angewiesen wären.

279 Zutr. wie hier im Ergebnis Brox, JA 80, S. 633; ders. in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 176 (Suspendierung der Arbeitspflicht bei rechtmäßigen Streiks); Däubler, Arbeitskampfrecht, S. 267; Er-

mit Einschränkungen zulässig sind[280] u. selbst innerhalb dieser Grenzen z.B. aus taktischen Gründen nicht immer zur Anwendung kommen[281], hätte dies zur Folge, daß bei Streiks eine Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten gegenüber kampfunbeteiligten Dritten auf diesem Weg nicht herbeigeführt werden könnte.

Dieses wenig überzeugende Ergebnis wäre m.E. dadurch zu vermeiden, indem man entweder den durch Streiks unmittelbar betroffenen AG gestattet, den kampfunbeteiligten Dritten auch das Recht zum Streik entgegenzuhalten oder sie generell zur Berufung auf den Vorrang rechtmäßiger Arbeitskämpfe ermächtigt. Die zuerst genannte Alt. könnte derart ausgestaltet werden, daß man die Träger des Streikrechts, d.h. die einzelnen AN verpflichtet, dem AG als ihrem Vertragspartner die Berufung auf dieses Recht zu gestatten. Eine derartige Verpflichtung könnte m.E. insbes. auf die arbeitsvertragliche Treuepflicht[282] gestützt werden, da die AN das Recht zum Streik nicht dazu mißbrauchen dürfen, ihren AG unverhältnismäßige Schäden zuzufügen. Die Gefahr des Eintretens solcher Schäden würde aber dann bestehen, wenn dieser AG seine Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten nicht zuverlässig beseitigen könnte.[283]

Diese eben skizzierte Konstruktion gerät aber dann in Schwierigkeiten, wenn sich arbeitskampfbedingte Störungen über mittelbar kampfbetrof-

---

man/Küchenhoff, BGB, § 611, Rdnr. 108 (Wegfall der Vergütung bei Unterbleiben der Arbeitsleistung aufgrund der Gegenseitigkeit des Arbeitsverhältnisses); Kazakos, Suspendierung, S. 76; Rüthers in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 106 m.w.N. in Fn. 184; Seiter, Streikrecht, S. 47 u. S. 182.

280 Im einzelnen oben 3. Teil (S. 350 f.).

281 Häufig kommt es z.B. deshalb nicht zu Abwehraussperrungen, da es sich nur um kurze Arbeitskämpfe handelt oder aber die Vergütungszahlungspflichten gegenüber nicht selbst streikenden AN bereits gem. der Arbeitskampfrisikolehre weggefallen sind.

282 Zu dieser Nebenpflicht ausf. etwa Schaub, Handbuch. S. 250 ff. Dazu zählt insbes. auch alles zu unterlassen, was für AG u. Betrieb nachteilig sein könnte, vgl. Schaub wie oben, S. 251 m.w.N. in Fn. 2.

283 Zur Unvereinbarkeit der Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten mit dem Wirkungsmechanismus von Arbeitskämpfen der Hinweis oben 3. Teil (S. 483 f.).

fene Dritte erster Stufe[284] hinaus weiter fortpflanzen. Wie sich aus dem hier vertretenen Umfang des personellen Geltungsbereichs der Vorrangtheorie ergibt, muß eine Haftungsbefreiung bei Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen auch dann eintreten, wenn sich Störungen über mehrere schuldrechtliche Beziehungen bis zu den Endverbrauchern hin fortpflanzen.[285] Diese haben bekanntlich im Ergebnis die eintretenden Folgen zu tragen. Nun ist es aber denkmöglich, daß sich innerhalb der Kette mittelbar kampfbetroffener aber kampfunbeteiligter Dritter nicht nur AG befinden.[286] Solchen Personen wäre aber von vornherein eine Berufung auf das Recht auf kampfweise Betätigung versagt, da sich nach richtiger Ansicht nur AG u. AN darauf berufen können.[287] Es mag daher offen bleiben, ob auch noch nur mittelbar betroffenen AG die Berufung auf dieses Recht gestattet werden kann.

Mit der hier vertretenen Entwicklung eines Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfes vor der Vertragstreue kann dem weiten personellen Geltungsbereich der Vorrangtheorie dagegen m.E. ohne weiteres Rechnung getragen werden. Es erfordert nicht mehr zwingend die AG-Eigenschaft. Es kann aus den jeweils bestehenden schuldrechtlichen Verträgen abgeleitet werden, da dieses originär verfassungsrechtliche Recht unmittelbar Vertragsinhalt wird, da sich jedermann darauf berufen können muß. Es bedarf daher keiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung mehr.[288] Den jeweiligen Vertragspartnern der mittelbar kampfbetroffenen Dritten ist es versagt, die Berufung ihres Vertragspartners auf dieses Recht zurückzuweisen u. Leistung zu

---

284 Zu diesem Begriff bereits in anderem Zusammenhang oben 2. Teil (S. 86 Fn. 117). Beispiel hierzu bei Löwisch, AcP 174, S. 256 Fn. 179.

285 Im einzelnen oben 3. Teil (S. 469 f.). Auf diese Weise werden die Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen auf möglichst "viele Schultern" verteilt, so zutr. Lieb, Arbeitsrecht, S. 154.

286 Zu den potentiellen Anspruchsgegnern privatrechtlicher Ansprüche näher oben 2. Teil (S. 60 f.).

287 Das Recht auf kampfweise Betätigung als Grundrecht von AG u. AN (oben 3. Teil, S. 306 ff.).

288 Es bedarf daher m.E. insbes. weder der Konstruktion über eine aufschiebende oder auflösende Bedingung i.S.v. § 158 BGB noch einer Freizeichnungsklausel im Rahmen von AGB. Diese einzelvertraglichen Gestaltungsmittel sind ungeeignet, den Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen im erforderlichen Umfang durchzusetzen.

verlangen bzw. weitergehende Ansprüche geltend zu machen. Da sich diese insoweit lediglich auf den Grundsatz der Vertragstreue u. seine einzelnen Ausgestaltungen beziehen könnten[289], ist es naheliegend, ein solches Ansinnen als rechtsmißbräuchlich anzusehen u. damit über § 242 BGB zurückzuweisen.[290] Um andererseits Mißbräuchen von Seiten der mittelbar Kampfbetroffenen entgegentreten zu können, wird man diesen Personen im Falle eines Prozesses die Darlegungs- u. Beweislast dafür auferlegen müssen, daß die vorübergehende Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ihre Ursache in einem rechtmäßigen Arbeitskampf hatte. Diese Beweislastverteilung kann m.E. aus dem Grundgedanken der §§ 282, 285 BGB abgeleitet werden.[291]

Die hier vertretene Konzeption kann m.E. jedenfalls z.T. durch einen Hinweis auf die Lösung des Problems der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung abgesichert werden.[292] Auch für das Recht zur Lohnverweigerung ist es belanglos, auf welcher Stufe mittelbarer Kampfbetroffenheit die Berufung auf dieses Recht erfolgt.[293] Daß insoweit jeweils

---

289 Arbeitskampfbedingte Nichterfüllung als Unmöglichkeit der Leistung oder Schuldnerverzug; möglichen Eingriffen in das Recht am Unternehmen kommt demgegenüber nur sehr geringe praktische Relevanz zu (oben 2. Teil, S. 89).

290 Der Rechtsmißbrauch ergibt sich m.E. daraus, daß der Grundsatz der Vertragstreue als allgemeiner Grundgedanke der schuldrechtlichen Rechtsfolgen nach der hier entwickelten Auffassung hinter die Wertungen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen zurückzutreten hat. Zur unzulässigen Rechtsausübung als Ausfluß des Grundsatzes von Treu u. Glauben im einzelnen Erman/Sirp, BGB, § 242, Rdnr. 73 ff.; Larenz, Schuldrecht AT, S. 122 f.

291 § 282 BGB sieht bereits ausdrücklich vor, daß bei Vorliegen eines Falles der Unmöglichkeit der Leistung den Schuldner die Beweislast dafür trifft, daß er den zur Unmöglichkeit führenden Umstand nicht zu vertreten hat, vgl. etwa Erman/Battes, BGB, § 282, Rdnr. 1 (§ 282 BGB als Beweislastregel). Etwas anderes gilt trotz der nicht so deutlichen Formulierung in § 285 BGB auch für die Fälle des Schuldnerverzugs, vgl. Erman/Battes, BGB, § 285, Rdnr. 1. Zu dieser Parallelität von §§ 282, 285 BGB auch Emmerich, Leistungsstörungen, S. 116 (der allerdings den Charakter als Beweislastregel schon durch den Wortlaut von § 285 BGB bestätigt sieht).

292 Vgl. dazu die Ausführungen in dieser Arbeit oben 3. Teil (S. 448 f.) sowie allgemein zur derzeitigen Rechtslage die ausf. Darstellung bei Seiter, DB 81, S. 578 ff.

293 Zum Arbeitskampfrisiko in unmittelbar u. mittelbar kampfbetroffenen Betrieben etwa Däubler, Arbeitskampfrecht, S. 315; Rüthers in

nur AG dieses Recht haben u. ausüben dürfen[294] beruht allein darauf, daß die Frage der Lohnverweigerung nur im Verhältnis AG-AN Relevanz erlangen kann, während arbeitskampfbedingte Störungen anderer schuldrechtlicher Pflichten nicht im Zusammenhang mit der AG-Stellung stehen.[295] Eine zu weitgehende Parallele zwischen der hier im Mittelpunkt stehenden arbeitskampfbedingten Störung schuldrechtlicher Beziehungen allgemein u. dem Problemkreis der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung verbietet sich auch deshalb, da diese an andere, engere Vor. geknüpft ist[296] als die hier vertretene Vorrangtheorie unter besonderer Berücksichtigung ihres personellen Geltungsbereichs.

Erkennt man somit ein subjektiv-privates Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts an, das seine Quelle zwar im GG hat, aber zum Bestandteil schuldrechtlicher Verträge wird, so ist entsprechend der angestrebten Zielvorstellung[297] eine einheitliche u. voraussehbare Lösung der privatrechtlichen Haftung auf dem Boden der Vorrangtheorie möglich, da dieses Recht die Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten zu begründen vermag. Daran schließt sich als nächste Überlegung die Frage nach der Rechtsnatur dieses subjektiv-privaten Rechts an.

Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 103 (mittelbar betroffene Betriebe innerhalb u. außerhalb des Kampfgebietes).

294 Vgl. z.B. Ehmann/Schnauder, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, EzA § 615 BGB "Betriebsrisiko" Nr. 8, unter B. 3. (Tragung des Lohnrisikos durch AN, des Unternehmerrisikos durch AG); Richardi, Gemeinsame Anm. zu BAG v. 22.12.80, AP Nr. 71 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter II. 3. (Recht der AG zur Nichtbeschäftigung u. Lohnverweigerung); Rüthers wie Fn. 293, S. 104 f.

295 Oben 2. Teil (S. 60 f.).

296 Vgl. zu den Anwendbarkeitsvor. der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung nach den Grundsätzen der Arbeitskampfrisikolehre BAG v. 22.12.80, AP Nr. 70 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf", unter C. I. 2. b, (3) d.G. (wirtschaftliche Abhängigkeiten u. koalitionspolitische Verbindungen als beispielhafte Fälle).

297 Oben Einl. (S. 12).

3. Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts als Gestaltungsrecht

Wenn nach der bisher entwickelten Konzeption jeweils ein einzelner mittelbar kampfbetroffener aber kampfunbeteiligter Dritter die Suspendierung seiner schuldrechtlichen Pflichten ohne Mitwirkung seines Vertragspartners, also einseitig, herbeiführen kann, so liegt es m.E. nahe, das Recht zur Berufung auf den Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen als Gestaltungsrecht zu qualifizieren. Die hier vertretene Sichtweise findet insbes. darin eine Stütze, daß auch das Recht auf kampfweise Betätigung - als ein Element des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts - ganz überwiegend als Gestaltungsrecht angesehen wird.[298]

Gestaltungsrechte sind eine von mehreren Erscheinungsformen subjektiv-privater Rechte.[299] Sie beinhalten das einer Person zustehende Recht, durch einseitigen Akt Rechtsverhältnisse zustande zu bringen, aufzuheben, inhaltlich zu ändern oder näher zu bestimmen.[300,301] Da es sich bei der Suspendierung entweder um eine vorübergehende Aufhebung oder um eine vorübergehende inhaltliche Änderung von Schuldverhältnissen bzw. einzelnen schuldrechtlichen Pflichten handelt[302], würde diese Konstruktion ohne weiteres angemessen sein u. zu sinnvol-

---

298 Vgl. z.B. Däubler, Arbeitskampfrecht, S. 264 (nur zum Streikrecht); Kazakos, Suspendierung, S. 82 u. S. 87; Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 125; Seiter, Streikrecht, S. 270 ff. u. S. 356 f.

299 Vgl. nur Fikentscher, Schuldrecht, S. 21; Larenz, BGB AT, S. 203 u. S. 209; Medicus, BGB AT, S. 246.

300 Vgl. etwa Brox, BGB AT, S. 246; Larenz wie Fn. 299, S. 209; wohl auch Hübner, BGB AT, S. 186.

301 Zur näheren Bestimmung des Inhalts von Schuldverhältnissen dienen insbes. die in §§ 315 ff. BGB vorgesehenen Möglichkeiten; zum Charakter dieser Rechte als Gestaltungsrechte etwa Erman/Battes, BGB, § 315, Rdnr. 8; Larenz, BGB AT, S. 209; ders., Schuldrecht AT, S. 76 (Bestimmung durch eine Vertragspartei) u. S. 80 (Bestimmung durch Dritte). Medicus, BGB AT, S. 39 bezeichnet §§ 315 ff. BGB als Regelungsrechte.

302 Für zeitweise Aufhebung Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 125. Für inhaltliche Änderung Kazakos, Suspendierung, S.84 (streikweise Arbeitsniederlegung als Änderungsrecht); Seiter, Streikrecht, S. 234 f.

len Ergebnissen führen können. Dies gilt insbes. deshalb, weil die Ablehnung einer einseitigen Gestaltungsmöglichkeit zugunsten kampfunbeteiligter Dritter etwa durch die Forderung nach einer Mitwirkung z.B. durch Zustimmung des Vertragspartners den Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen wieder in Frage stellen würde. Es müßte nämlich etwa im Prozeß erst geklärt werden, ob die Zustimmung zu Recht oder zu Unrecht verweigert wurde.[303] Diese dadurch entstehende zeitliche Verzögerung verträgt sich aber grundsätzlich nicht mit den Interessen jeweils beider Vertragsparteien an der Schaffung klarer Verhältnisse.[304]

Die hier vertretene Anerkennung eines Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts steht auch allgemein mit dem Charakter von Gestaltungsrechten im Einklang. Insbes. ist es unschädlich, daß Gestaltungsrechte nicht selbständig übertragbar sind.[305] Da dieses aus dem GG ableitbare Recht auf den einzelnen schuldrechtlichen Vertrag transformierbar ist, handelt es sich aus der Sicht des einzelnen kampfunbeteiligten Dritten um ein originäres Recht.[306] Das Problem der Übertragung des ganzen Rechts oder zumindest der Ermächtigung zur

---

303 Derartige Streitigkeiten müßten trotz ihrer arbeitskampfrechtlichen Komponente vor den allgemeinen Zivilgerichten ausgetragen werden, da es sich nicht um Angelegenheiten handelt, die in den Katalog des § 2 ArbGG fallen. Zur sachlichen Zuständigkeit für solche Prozesse zutr. wie hier Müller, Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 4, S. 71. Zur Problematik bei der Zuständigkeit der Zivilabteilungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit für arbeitsrechtliche Fragen das Beispiel bei Löwisch, AcP 174, S. 235.

304 Aufgrund der durchschnittlich nur relativ kurzen Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen würden Entscheidungen selbst unter Berücksichtigung der Möglichkeit von einstweiligen Verfügungen (§§ 935 ff. ZPO) erst nach deren Beendigung vorliegen. Die arbeitskampfbetroffenen Anspruchsgegner könnten unter diesen Umständen kaum jemals eine Suspendierung ihrer schuldrechtlichen Pflichten herbeiführen, wenn ihre Vertragspartner die Mitwirkung verweigern. Jene wären u.U. auf Schadensersatzansprüche zu verweisen, wenn rechtskräftig entschieden wird, daß die Zustimmung zu Unrecht verweigert wurde. Diese Lösung würde aber weder den Interessen der Schuldner noch denjenigen der Gläubiger entsprechen.

305 Dazu Larenz, BGB AT, S. 210 (Bindung an Person oder Rechtsstellung im Rahmen des betreffenden Rechtsverhältnisses).

306 Die fehlende einfachgesetzliche Regelung eines Gestaltungsrechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts steht seiner Anerkennung nicht entgegen, dazu zutr. Seiter, Streikrecht, S. 272 u. Fn. 193.

Ausübung besteht daher von vornherein nicht;[307] es könnte wohl auch nicht befriedigend gelöst werden.[308] Auch dieser Aspekt spricht für die oben entwickelte Konzeption, nicht allein das Recht auf kampfweise Betätigung als Rechtsgrundlage der Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten anzusehen.[309] Andernfalls wären nämlich kampfunbeteiligte Dritte, die nicht AG sind, darauf angewiesen, daß ihnen unmittelbar oder mittelbar kampfbetroffene AG zumindest die Ausübung des Rechts auf kampfweise Betätigung gestatten würden. Da in solchen Fällen nicht generell vom Bestehen einer schuldvertraglichen Beziehung zwischen Ausübungsberechtigten u. potentiell Ausübungswilligen ausgegangen werden kann[310], fehlt bereits ein Anknüpfungspunkt für die Festlegung einer entsprechenden Verpflichtung. Diese wäre aber im Hinblick auf die zuverlässige Durchsetzung der Vorrangtheorie unverzichtbar.[311]

Schließlich bleibt noch zu erörtern, wie das Gestaltungsrecht zur Suspendierung konkret ausgeübt werden kann. Zieht man auch insoweit eine Parallele zum Recht auf kampfweise Betätigung im Hinblick auf die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten, so werden zwei Alt. diskutiert.

Eine Ansicht will bei Streiks am Akt der Arbeitsniederlegung durch die AN ansetzen.[312] Die Suspendierung der Arbeitspflicht soll also auf-

---

307 Etwas anderes gilt für die oben unter 2. (S. 547) skizzierte Alt. einer Übertragung des Rechts zum Streik auf die AG bzw. im Hinblick auf eine Ermächtigung zur Ausübung dieses Rechts. Dieser Ansatz wäre mit der Rechtsnatur eines Gestaltungsrechts nicht in Einklang zu bringen.

308 Das Streikrecht könnte auf diesem Weg jedenfalls nicht über den Vertragspartner der jeweiligen AN als Inhaber des Streikrechts hinaus weiter übertragen werden.

309 Oben unter 2. (S. 548 ff.).

310 Dies gilt jedenfalls uneingeschränkt dann, wenn sich die arbeitskampfbedingte Störung über die mittelbar kampfbetroffenen Personen erster Stufe hinaus weiter fortpflanzt.

311 Andernfalls würden die Ergebnisse wiederum zufällig davon abhängen, ob ein Rechtsinhaber freiwillig die Ausübung seiner Rechte gestattet.

312 So Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 126.

grund eines rein tatsächlichen Vorgangs erfolgen.[313] Bei der Suspendierung der Vergütungspflicht durch Aussperrung wird aber in jedem Fall eine entsprechende WE des AG für erforderlich gehalten.[314] Zur Begründung wird auf das Klarstellungsinteresse der AN hinsichtlich von Inhalt u. Umfang der Suspendierung hingewiesen, dem durch einen rein tatsächlichen Akt[315] nicht genügt werden könne.[316]

Die Gegenmeinung verlangt sowohl bei der Suspendierung durch Streiks als auch derjenigen durch Aussperrungen eine einseitige empfangsbedürftige WE durch den bzw. die jeweils zur Ausübung dieser Rechte Berechtigten.[317] Für diese Auffassung spricht m.E. v.a., daß durch eine Arbeitsniederlegung allein die damit verbundenen Ziele streikender AN nicht immer hinreichend bestimmt zum Ausdruck gebracht werden können[318], da einem Realakt dann keinerlei Erklärungswert mehr zukommt, wenn die Arbeit vor Streikbeginn bereits aus anderen Gründen geruht hatte.[319] Zudem steht das Erfordernis einer WE mit dem Wesen von Gestaltungsrechten völlig im Einklang, da diese im Regelfall durch ein-

---

313 So ausdrücklich Otte wie Fn. 312. Die Suspendierung von Pflichten aufgrund tatsächlichen Verhaltens wird auch als ipso-iure Suspendierung bezeichnet; darunter ist zu verstehen, daß die vorübergehende Aussetzung bereits aufgrund des Vorliegens bestimmter eindeutiger Tatbestandsmerkmale wie etwa des Realaktes der streikweisen Arbeitsniederlegung oder der Unterlassung der Arbeitsniederlegung eintritt, vgl. dazu Seiter, Streikrecht, S. 238; auch Kazakos, Suspendierung, S. 69.

314 Vgl. Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 126; Seiter wie Fn. 313, S. 351 ff. m.w.N. in Fn. 169 (S. 352); ebenso Kazakos wie Fn. 313, S. 70 u. S. 87.

315 Otte wie Fn. 314, S. 135 nennt beiläufig als Beispiel das Schließen der Fabriktore durch AG.

316 Zu den Unzuträglichkeiten von Realakten bei der Aussperrung näher Otte wie Fn. 314, S. 133 ff.; vgl. auch Kazakos wie Fn. 313, S. 70.

317 Vgl. Kazakos wie Fn. 313, S. 83 (Streik) u. S. 87 (Aussperrung); Seiter wie Fn. 313, S. 241 ff.

318 Zum Klarstellungsinteresse der AG im Hinblick auf Inhalt u. Umfang der Suspendierung der Arbeitspflicht Seiter wie Fn. 313, S. 239.

319 Dazu die Beispiele bei Kazakos wie Fn. 313, S. 69 f.; Seiter wie Fn. 313, S. 238 f.

seitige empfangsbedürftige WE ausgeübt werden.[320]

Diese Überlegungen führen dazu, auch zur wirksamen Ausübung des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts eine einseitige empfangsbedürftige WE gegenüber den jeweiligen Vertragspartnern zu verlangen, damit deren berechtigten Klarstellungsinteressen entsprochen werden kann. Diese Interessen sind v.a. deshalb schutzwürdig, weil diese Personen grundsätzlich für die Dauer rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen ihre nach Schuldrecht eigentlich begründeten Ansprüche gegenüber dem Vertragspartner verlieren u. sich auf die daraus ergebenden Folgen einstellen müssen.[321] Die Suspendierungserklärung muß dem Gegner unverzüglich nach Eintritt der arbeitskampfbedingten Störung zugehen. Dieses Erfordernis wird man mangels einer ausdrücklichen oder speziellen Regelung wiederum aus dem Grundsatz von Treu u. Glauben ableiten können, da den Schuldner insoweit auch eine vertragliche Nebenpflicht trifft, dem Gläubiger voraussichtliche Verzögerungen bei der Erbringung der geschuldeten Leistung anzuzeigen.[322]

Wird nun das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts wirksam ausgeübt, so führt dies grundsätzlich nur zur vorübergehenden Aussetzung der jeweiligen vertraglichen Hauptpflichten der Schuldner.[323] Dies hat wiederum zur Folge, daß sich die Vertragspartner insoweit auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen u. daher gem. § 320

---

320 Vgl. Brox, BGB AT, S. 246; Hübner, BGB AT, S. 186; Larenz, BGB AT, S. 210; Medicus, BGB AT, S. 37.

321 Beispielsweise im Hinblick auf die u.U. nunmehr sie treffende Haftung gegenüber ihren Schuldvertragspartnern.

322 Zur Auskunftspflicht als Ausfluß des Gebotes von Treu u. Glauben etwa Erman/Sirp, BGB, § 242, Rdnr. 65; Larenz, Schuldrecht AT, S. 129 u. S. 173. Ob es sich dabei um eine selbständige oder um eine unselbständige Nebenpflicht handelt, braucht hier nicht entschieden zu werden.

323 Insoweit besteht eine weitgehende Parallele zur Rechtslage bei der Suspendierung arbeitsvertraglicher Pflichten. Eine Einbeziehung von Nebenpflichten scheidet m.E. auch hier aus, da andernfalls etwa den gerade erwähnten Auskunftspflichten, die selbstverständlich auch während der konkreten arbeitskampfbedingten Störung Relevanz haben, die notwendige Rechtsgrundlage entzogen werden würde.

BGB die Erbringung der Gegenleistung verweigern können[324], unabh. davon, ob diese Norm ansonsten wirksam abbedungen wurde.[325] Grundsätzlich wird der Vertragspartner somit am Vertrag festgehalten. Die suspendierten Hauptpflichten können also nach Wegfall der arbeitskampfbedingten Leistungshindernisse wieder aufleben. Auch insoweit wird man kein ipso-iure Aufleben dieser Pflichten für ausreichend erachten können.[326] Vielmehr wird eine entsprechende Anzeige in Form einer einseitigen empfangsbedürftigen WE zu verlangen sein. Rechtsdogmatisch wird man diese Erklärung wohl als geschäftsähnliche Handlung qualifizieren müssen, auf die die Vorschriften über WE entsprechende Anwendung finden.[327] Die Verpflichtung zur Abgabe einer solchen Erklärung kann ohne Schwierigkeiten aus dem nach wie vor bestehenden Vertragsband abgeleitet werden.[328]

Falls im Einzelfall durch die Suspendierung für die Gläubiger unbillige Härten auftreten, was tendenziell insbes. bei längerandauernden Arbeitskämpfen der Fall sein kann, ist den Gläubigern ein Recht zur

---

324 Auch diesbezüglich gilt somit im Grundsatz nichts anderes als beim Arbeitsvertrag. Für die Entwicklung eines selbständigen Gegenrechts zur Verweigerung der Gegenleistung de lege ferenda besteht somit kein Bedürfnis (vgl. zu einem solchen rechtspolitischen Ansatz die Überlegungen von Seiter, Streikrecht, S. 296 im Hinblick auf ein "speziell arbeitskampfrechtliches Lohnverweigerungsrecht" als Antwort auf die Ausübung des Streikrechts durch die AN; gegen diesen Ansatz zu Recht Däubler, Arbeitskampfrecht, S. 267 f.).

325 Zur Dispositivität von § 320 BGB etwa Erman/Battes, BGB, § 320, Rdnr. 21; Larenz, Schuldrecht AT, S. 192.

326 So aber für das Wiederaufleben der arbeitsvertraglichen Pflichten Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 126.

327 Vgl. die Parallele bei der Aufhebung der Suspendierung arbeitsvertraglicher Pflichten bei Seiter, Streikrecht, S. 261 (Streik) u. S. 357 (Aussperrung). Seiter spricht von einer "Aktivierung" der suspendierten Pflichten. Zust. Kazakos, Suspendierung, S. 86 f. (Streik) u. S. 88 (Aussperrung). Unzutr. wäre es allerdings, von einer Aufhebung des Suspendierungsaktes selbst zu sprechen; dem würde insbes. die Unwiderruflichkeit der WE bei der Ausübung von Gestaltungsrechten entgegenstehen, vgl. dazu etwa Medicus, BGB AT, S. 39 f.

328 Auch diesbezüglich kann wiederum eine entsprechende Nebenpflicht auf Auskunftserteilung aus § 242 BGB hergeleitet werden, da sich der Schuldner selbstverständlich nur solange auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts berufen darf, als er an der ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist. Sobald wieder Leistungsvermögen besteht, ist dies dem Gläubiger anzuzeigen, damit dieser entsprechend disponieren kann.

endgültigen u. vollständigen Aufhebung des gesamten Vertrages zu gewähren. Da ein solches Recht nur für die Zukunft Rechtswirkungen entfalten kann, wird man es zweckmäßigerweise entweder als Recht zum Rücktritt[329] oder zur a.o. Kündigung ausgestalten können, je nachdem, ob es sich um singuläre oder um Dauerschuldverhältnisse handelt.[330] Dieses Recht kann m.E. aus den Grundgedanken der §§ 325 Abs. 1, 326 Abs. 2, 626 Abs. 1 BGB abgeleitet werden[331], da die Vor. dieser Normen bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen tatbestandsmäßig eintreten können. Für das Vorliegen der Vor. dieser Vorschriften im konkreten Einzelfall wird aber wiederum den Gläubigern die Darlegungs- u. Beweislast auferlegt werden müssen.[332]

Auch dieser Lösungsweg macht deutlich, daß die Eingliederung der Vorrangtheorie in den objektiven Tatbestand anspruchsbegründender schuldrechtlicher Normen keineswegs zu einer völligen Durchbrechung des schuldrechtlichen Systems der Leistungsstörungen führt. Vielmehr ist eine weitgehende Integration in schuldrechtliche Kategorien u. Figuren möglich.

---

329 Vor. ist, daß man derjenigen Auffassung folgt, die dem Rücktritt nur eine ex-nunc Wirkung zuschreibt, vgl. etwa Emmerich, Leistungsstörungen, S. 84 (der diese Sichtweise als h.M. bezeichnet); Larenz, Schuldrecht AT, S. 373 f.

330 Zur Aufhebung von Dauerschuldverhältnissen durch a.o. Kündigung bereits die Hinweise oben § 1 (S. 511 f.).

331 A.A Kazakos, Suspendierung, S. 126 u. S. 127, der ein solches Rücktrittsrecht aus §§ 361, 636 Abs. 1 S. 1 BGB ableiten will. Gegen diesen Vorschlag spricht, daß auch relative Fixgeschäfte bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen keineswegs als Regelfall angesehen werden können. Ferner handelt es sich bei § 636 Abs. 1 S. 1 BGB um eine Spezialregelung des Werkvertragsrechts, die bei den anderen hier bedeutsamen Vertragsformen keine Parallele hat.

332 Es hat insoweit bei der allgemeinen Beweislastverteilung sein Bewenden, wonach jede Partei die Vor. der für sie günstigen Rechtsnormen beweisen muß; vgl. zu dieser Grundregel der Beweislastverteilung statt vieler z.B. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, S. 683 f.

4. Auswirkungen des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts für deliktische Ansprüche[333]

Bereits an anderer Stelle wurde herausgearbeitet, daß deliktischen Ansprüchen kampfunbeteiligter Dritter bei Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen allgemein nur eine relativ geringe Bedeutung zukommt.[334] Selbst wenn man mit der hier vertretenen Auffassung den Anwendungsbereich des Rechts am Unternehmen erweitern will[335], könnten generell nur mittelbar kampfbetroffene Dritte erster Stufe, die zusätzlich Unternehmer sein müssen, hieraus Ansprüche zu ihren Gunsten ableiten.

Da es sich beim Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts um ein subjektiv-privates Recht handelt, könnte ein Ansetzen bei der Rechtswidrigkeit naheliegen, wenn man dieses Recht als besonderen Rechtfertigungsgrund ansehen würde.[336] Gegen diese Sichtweise spricht aber, daß die Rechtswidrigkeitsprüfung beim Recht am Unternehmen nach h.M. zweistufig vorgenommen wird[337] u. sich die Frage nach dem Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe erst auf der zweiten Prüfungsstufe stellt.[338]

Wichtiger noch ist m.E. der Hinweis auf die Situation bei vertraglichen Ansprüchen kampfunbeteiligter Dritter. Es würde einen nicht zu begründenden Widerspruch bedeuten, wenn man dort das Vorliegen einer

---

333 Für das an dieser Stelle zu lösende Problem der systematischen Eingliederung der Vorrangtheorie ist es unerheblich, daß der Vorrang arbeitskampfrechtlicher Wertungen gegenüber den Rechtsfolgen des Deliktsrechts auf einem anderen zentralen Argument (Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht) beruht.

334 Zur deliktischen Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Dritten näher oben 2. Teil (S. 76 ff.).

335 Dazu im einzelnen oben 2. Teil (S. 84 ff.).

336 So für das Recht auf kampfweise Betätigung Otte, Subjektiv-privates Arbeitskampfrecht, S. 148 ff.

337 Positive Feststellung der Rechtswidrigkeit bei Rahmenrechten des § 823 Abs. 1 BGB; dazu bereits der Hinweis oben 1. Kap. (S. 499 Fn. 35).

338 Erst wenn im Rahmen der umfassenden Güter- u. Interessenabwägung festgestellt wurde, daß ein rechtswidriger Eingriff in ein Rahmenrecht vorliegt stellt sich die Frage nach dem Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe.

Vertragsverletzung ablehnt[339], auf der deliktsrechtlichen Ebene beim gleichen Lebenssachverhalt aber vom Vorliegen einer unerlaubten Handlung ausgehen wollte. Es ist daher konsequent, bei Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen bereits den objektiven Tatbestand einer unerlaubten Handlung abzulehnen[340], da in solchen Fällen wegen des Vorrangs des Arbeitskampfrechts weder von einem Eingriff in die Substanz noch in einzelne Betätigungsformen eines Unternehmens gesprochen werden kann.[341] Es geht nicht an, rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen mit dem Makel einer unerlaubten Handlung zu versehen u. dann zu einer "Haftungsbefreiung zweiter Klasse" im Wege der Ablehnung der Rechtswidrigkeit gezwungen zu sein.

3. Kapitel: Ergebnisse

(1.) Der teilweise Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen vor den schuldrechtlichen Rechtsfolgen bei Vertragsverletzungen u. unerlaubten Handlungen ist systematisch beim objektiven Tatbestand anspruchsbegründender Normen des Schuldrechts zu berücksichtigen.

(2.) Rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen führen zur Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten. Dies hat zur Folge, daß es im Verhältnis zu kampfunbeteiligten Dritten an einer Vertragsverletzung bzw. an einer unerlaubten Handlung fehlt, wenn arbeitskampfbetroffene Schuldner aus arbeitskampfbedingten Gründen vorübergehend an der ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer schuldrechtlichen Pflichten verhindert sind. Haftungsbefreiungen bzw. - ausschlüssen im Rahmen von AGB kommt daher nur deklaratorische Bedeutung zu.[342] In den Ausnahmefällen der endgültigen Unmöglichkeit der

---

339 Ablehnung einer Vertragsverletzung als Konsequenz der Suspendierung von schuldvertraglichen Hauptpflichten.

340 Zutr. wie hier Kazakos, Suspendierung, S. 71; wohl auch Söllner, Arbeitsrecht, S. 95.

341 Zu diesen beiden zentralen Elementen des Rechts am Unternehmen bereits oben 2. Teil (S. 80 Fn. 89).

342 Zutr. wie hier Schlüter in Brox/Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 237. Die von Schlüter genannten Einschränkungen für vertragliche Schadensersatzansprüche sind allerdings gegenstandslos, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt u. derartige Ansprüche beim

Leistung treten die Rechtsfolgen der §§ 275, 323 BGB ein; der Schuldner wird von seiner Leistungspflicht frei u. verliert den Anspruch auf die Gegenleistung.

(3.) Die Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten beruht auf dem Recht zur Berufung auf dem Vorrang rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen vor schuldrechtlichen Wertungen. Dieses aus dem GG ableitbare Recht ist zugleich subjektiv-privates Recht u. wirkt somit auch auf der Ebene einzelner schuld- bzw. handelsrechtlicher Verträge.

(4.) Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht ist als Gestaltungsrecht zu qualifizieren. Inhaber u. Ausübungsberechtigter ist jedermann, der unmittelbar oder mittelbar von den Folgen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen betroffen wird u. aus diesem Grund seine schuldrechtlichen Pflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen kann.

(5.) Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts ist durch einseitige empfangsbedürftige WE auszuüben.

(6.) Um die vorübergehend ausgesetzten schuldrechtlichen Pflichten wieder in Kraft zu setzen, bedarf es einer Anzeige an den Gläubiger in Form einer einseitigen empfangsbedürftigen WE.

(7.) In Einzelfällen zuungunsten der Gläubiger schuldrechtlicher Pflichten auftretenden Unbilligkeiten als Folge des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht können durch Heranziehung schuldrechtlichr Rechtsinstitute beseitigt werden.

---

vorübergehenden Aussetzen von vertraglichen Erfüllungsansprüchen generell ablehnt; wie Schlüter im Ergebnis auch Schmid, NJW 79, S. 20.

5. Teil: Zusammenfassende Darstellung des Gangs der Untersuchung und der Untersuchungsergebnisse

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Diskussion des Problemkreises der privatrechtlichen Haftung in den Fällen arbeitskampfbedingter Auswirkungen in der Sphäre kampfunbeteiligter Personen unter besonderer Berücksichtigung der Grundsatzfrage nach dem Verhältnis der beiden Teilrechtsgebiete Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zueinander.[1] Kampfunbeteiligt aber potentiell arbeitskampfbetroffen sind jene Personen, die nicht selbst als Partei an einem Arbeitskampf beteiligt sind, aber durch unmittelbare oder mittelbare Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen vermögenswerte Nachteile z.B. in Form von Schäden erleiden. Die Gruppe der kampfunbeteiligten Personen kann dabei zu einer der Parteien des Arbeitskampfes - im Regelfall Gewerkschaften u. AG bzw. AG-Verbände - in schuldvertraglichen Beziehungen stehen, ohne daß diese Vor. aber zwingend ist. AN bleiben hier aus dem Kreis kampfunbeteiligter Personen ausgeklammert, obwohl auch diese Gruppe durch arbeitskampfbedingte Folgewirkungen betroffen werden kann.[2]

Die rechtliche Behandlung der Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen für Kampfunbeteiligte hat de lege lata keine ausdrückliche Regelung erfahren; auch im Falle einer Reform des BGB-Schuldrechts ist nicht zu erwarten, daß der Gesetzgeber insoweit spezielle Vorschriften in Kraft setzen wird. In der Rechtsprechung hat der Themenkreis der privatrechtlichen Haftung bislang nur eine völlig untergeordnete Rolle gespielt; demgegenüber sind diese Fragen bereits seit 1903 z.T. auch im Rahmen umfangreicher Untersuchungen des Schrifttums erörtert worden. Die einzelnen Beiträge haben aber zu keiner vollständigen Aufarbeitung der zu lösenden Fragen geführt, insbes. deshalb, weil nicht alle denkmöglichen Fallgestaltungen der privatrechtlichen Haftung Berücksichtigung fanden u. der ständigen Weiterentwicklung des Teilrechtsgebietes Arbeitskampfrecht nicht im erforderlichen Umfang Rechnung getragen wurde.[3] Wegen dieser Defizite fehlt es derzeit noch an einem ge-

---

1 Zur Aufgabenstellung der Untersuchung oben Einl., S. 1 f.

2 Zur Abgrenzung des Personenkreises der kampfunbeteiligten Personen oben Einl., S. 2 ff.

3 Zu den einzelnen Anlässen u. Gründen für diese Untersuchung oben Einl., S. 6 ff.

schlossenen u. in sich widerspruchsfreien System, das eine eindeutige u. voraussehbare Lösung der einzelnen bei der privatrechtlichen Haftung denkmöglichen Fallgestaltungen ermöglicht u. sowohl den derzeitigen Entwicklungsstand des Arbeitskampfrechts als auch das Grundsatzproblem, wie das Verhältnis zwischen den Teilrechtsgebieten Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zu beurteilen ist, in die Überlegungen miteinbezieht.[4]

Aus der Analyse der bisher zum Themenkreis der privatrechtlichen Haftung geschriebenen Beiträge des Schrifttums ergibt sich, daß sowohl im Hinblick auf die Lösung der Grundsatzfrage nach dem Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht als auch in bezug auf Einzelprobleme kein hinreichender Konsens zwischen den verschiedenen Autoren besteht. Gemeinsamkeiten in den vorliegenden Untersuchungen bestehen nur insoweit, als die Diskussion weitgehend auf die Erörterung der Haftung bei arbeitskampfbedingten Leistungsstörungen mit der Folge der Verengung des Untersuchungsgegenstandes auf die Prüfung vertraglicher Schadensersatzansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Personen konzentriert wird. Darüberhinaus lehnen sich die bisherigen Beiträge erkennbar an den systematischen Aufbau bei der Prüfung schuldrechtlicher Schadensersatzansprüche an u. differenzieren insoweit folgerichtig zwischen der Frage nach der Begründung u. dem möglichen Erlöschen solcher Ansprüche.[5]

Innerhalb der einzelnen Beiträge des Schrifttums kann eine deutliche Zäsur in Abhängigkeit des Erscheinungszeitraums dieser Beiträge vorgenommen werden.[6] Die Erörterungen der systematisch der älteren Lehre zuzuordnenden Autoren zeichnen sich dadurch aus, daß zwar dogmatisch eine widerspruchsfreie Lösung der privatrechtlichen Haftungsfragen abgeleitet wird, dieses Ziel aber nur deshalb realisiert werden kann, weil dabei arbeitskampfrechtliche Überlegungen aufgrund der vor 1945 völlig differenten Einstellung zu diesem Teilrechtsgebiet weitge-

---

4 Zum Ziel der vorliegenden Untersuchung oben Einl., S. 12.

5 Zum gemeinsamen Inhalt der bisherigen Untersuchungen zum Themenkreis der privatrechtlichen Haftung oben 1. Teil, S. 15 ff.

6 Zu dieser Diff. zwischen älterer u. neuerer Lehre oben Einl., S. 7 f. u. 1. Teil, S. 14.

hend ausgeklammert werden u. der Akzent bei den Begründungen erkennbar auf Wertungen des Schuld- bzw. Handelsrechts gesetzt wird.[7]

Die Beiträge der neueren Lehre[8] zeichnen sich zwar demgegenüber durch die Akzeptanz namentlich seit 1955 eingetretener grundlegender Entwickungslinien des Arbeitskampfrechts aus, andererseits bestehen zwischen den einzelnen Autoren dieser Richtung grundlegende Meinungsverschiedenheiten im Hinblick auf die Beantwortung der Grundsatzfrage nach der richtigen Beurteilung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht, die als wesentlicher Ansatzpunkt für die Konzeption eines Systems zur Lösung der privatrechtlichen Haftung angesehen wird. Demzufolge können innerhalb der Vertreter der neueren Lehre in bezug auf deren jeweilige Einstellung zur Frage nach dem Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zwei Grundsatzpositionen - schuldrechtliche u. arbeitsrechtliche Ansätze - abgeleitet werden.[9] Deren wesentlicher Unterschied ist darin zu sehen, daß die schuldrechtlichen Ansätze ausdrücklich oder stillschweigend davon ausgehen, Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht seien zwei völlig voneinander losgelöste, unabh. Teilrechtsgebiete, die beziehungslos nebeneinander stünden, während die Vertreter der arbeitsrechtlichen Ansätze einen teilweisen Vorrang arbeitskampfrechtlicher vor schuldrechtlichen Wertungen in Abhängigkeit von verschiedenen Vor. anerkennen.

Innerhalb dieser beiden Richtungen sind jedoch noch weitere Diff. erkennbar. Bei den Vertretern der schuldrechtlichen Ansätze bestehen Meinungsunterschiede im Hinblick auf den Umfang der Einbeziehung der Arbeitskampfsituation u. ihrer konstruktiven Einordnung innerhalb des schuldrechtlichen Haftungssystems.[10] Die arbeitsrechtlichen Ansätze[11] unterscheiden sich demgegenüber insoweit, als der teilweise Vorrang arbeitskampfrechtlicher vor schuldrechtlichen Wertungen auf

---

7 Zum Inhalt der Beiträge der älteren Lehre oben 1. Teil, S. 17 ff.

8 Zur Darstellung der Beiträge dieser Richtung oben 1. Teil, S. 29 ff.

9 Zu dieser Diff. oben 1. Teil, S. 31 f.

10 Zur Untergliederung der einzelnen Richtungen innerhalb der schuldrechtlichen Ansätze u. zu ihrem Inhalt oben 1. Teil, S. 33 f. u. S. 35 ff.

11 Zum Inhalt dieser Beiträge oben 1. Teil, S. 48 ff.

unterschiedliche Begründungsstrukturen gestützt wird[12] sowie im Hinblick auf den Geltungsbereich des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht[13] u. seiner konstruktiven Berücksichtigung innerhalb des Aufbaus anspruchsbegründender Normen des Schuldrechts.[14]

Aus der Analyse des derzeitigen Meinungsstandes zum Problemkreis der privatrechtlichen Haftung ergibt sich die Notwendigkeit zur Diskussion der dahinterstehenden Grundsatzfrage nach dem Verhältnis der beiden Teilrechtsgebiete Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht zueinander. Dabei kann nur z.T. auf die bisherigen Beiträge zurückgegriffen werden, weil sich die dort entwickelten Positionen teilweise logisch gegenseitig ausschließen u. außerdem die herangezogenen Begründungen einer kritischen Prüfung nicht im erforderlichen Umfang standzuhalten vermögen.[15]

Wie die Überprüfung der These von der grundsätzlichen Begründetheit privatrechtlicher Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Personen auf dem Boden schuldrechtlicher Wertungen zeigt[16], kann auf die Klärung der Frage nach dem Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht nicht verzichtet werden. Bereits bei ausschließlicher Berücksichtigung schuldrechtlicher Wertungen ist festzustellen, daß privatrechtliche Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Personen in verschiedenen Fallkonstellationen als begründet anzuerkennen sind. Dies beruht darauf, daß sowohl der Kreis potentieller Anspruchssteller als auch derjenige möglicher Anspruchsgegner sehr viel weiter zu fassen ist, als dies bislang herausgearbeitet wurde.[17] Aus dieser Erweiterung potentieller Anspruchssteller-Anspruchsgegner-Konstellationen ergeben sich wie-

---

12 Zu den einzelnen Argumenten u. ihrer Tragfähigkeit oben 1. Teil, S. 51 ff.

13 Dazu oben 1. Teil, S. 49 f.

14 Zu den beiden hierzu vertretenen Positionen die Hinweise oben 1. Teil, S. 34 u. S. 48.

15 Zu den Folgerungen aus der Bestandsaufnahme der bisherigen Untersuchungen zur privatrechtlichen Haftung oben 1. Teil, S. 54 ff.

16 Zu dieser These u. ihrer Überprüfung oben 2. Teil, S. 60 ff.

17 Zur Bestimmung der in diese Kategorie jeweils einzuordnenden Personen oben 1. Teil, S. 60 f.

derum verschiedene denkmögliche Anspruchsarten, die auf differente Anspruchsgrundlagen gestützt werden können.

Soweit kampfunbeteiligte Personen mit unmittelbar oder mittelbar kampfbetroffenen[18] AG bzw. Unternehmern als potentiellen Anspruchsgegnern schuld- bzw. handelsvertragliche Beziehungen unterhalten, können vertragliche Erfüllungsansprüche begründet sein. Falls diese Ansprüche nicht (mehr) durchsetzbar sind, treten nach allgemeinen Grundsätzen sekundäre Schadensersatzansprüche oder Rücktrittsrechte aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung oder des Schuldnerverzugs an ihre Stelle. Diese Rechtslage gilt nicht nur bei arbeitskampfbedingten Verletzungen von Leistungsansprüchen, sondern auch bei Verstößen gegen Abnahmepflichten; in den zuletzt genannten Fällen kommen zusätzlich Aufwendungsersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt des Annahme- bzw. Gläubigerverzugs (§§ 293 ff. BGB) in Betracht. Die Begründetheit dieser einzelnen Ansprüche hängt davon ab, ob ein Fall verschuldensunabh. Haftung einschlägig ist oder ob den Anspruchsgegner im konkreten Einzelfall ein Schuldvorwurf trifft. Dieses Verschulden bestimmt sich bei aussperrungsbedingten Vertragsstörungen nach § 276 BGB; bei Streiks ist eine Zurechnung des Handelns streikender AN über § 278 BGB möglich.[19] Neben den eben skizzierten vertraglichen können sich deliktische Ansprüche aus dem rechtlichen Gesichtspunkt einer Verletzung des Rechts am Unternehmen ergeben;[20] Vor. sind, daß der Anspruchssteller Unternehmer ist u. man abw. von der derzeitigen Auslegung des Kriteriums "Betriebsbezogenheit" die deliktische Haftung auf mittelbar Kampfbetroffene erster Stufe erweitert.[21] In solchen Fällen ist der Kreis potentieller Anspruchsgegner, der kampfunbeteiligten Personen schadensersatzpflichtig werden kann, auf Gewerkschaften, AG-Verbände, deren Mitglieder sowie einzelne kämpfende AG u./oder AN, die nicht Mitglied der sozialen Gegenspieler

---

18 Zur Kennzeichnung der Situationen unmittelbarer u. mittelbarer Kampfbetroffenheit oben 2. Teil, S. 62 f.

19 Zur Vertragshaftung gegenüber kampfunbeteiligten Personen oben 2. Teil, S. 64 ff.

20 Zu den Vor. der Haftung auf der Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB oben 2. Teil, S. 78 ff.

21 Zu dieser Konstruktion u. ihrer Begründung oben 2. Teil, S. 82 ff.

sind, erweitert.[22] Bei streikbedingten Eingriffen in das Recht am Unternehmen können Schadensersatzansprüche auch auf § 831 BGB gestützt werden.[23]

In den Fällen des Fehlens schuld- u. handelsvertraglicher Beziehungen können kampfunbeteiligte Personen unter engen Vor. Schadensersatzansprüche gegen kampfführende Gewerkschaften aus dem rechtlichen Gesichtspunkt einer schuldhaften Verletzung der tarifvertraglichen Friedenspflicht zustehen.[24] Ferner können Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Eingriffen in das Recht am Unternehmen bestehen, sofern der Anspruchssteller mittelbar Kampfunbeteiligter erster Stufe ist;[25] bei Vorliegen dieser eben genannten Vor. kommen auch Ansprüche aus § 831 BGB gegen einzelne kämpfende AG in Betracht. Die Rechtsgrundsätze der DSL führen nicht zur Begründetheit privatrechtlicher Ansprüche.[26] Eine Heranziehung von § 281 BGB ist in diesen Fällen abzulehnen.[27] Damit können bei der gerade skizzierten haftungsrechtlichen Konstellation Ansprüche aus übergegangenem Recht generell nicht, solche aus eigenem Recht nur unter engen Vor. begründet sein.[28]

Bei der Klärung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht[29] als der, für die Realisierung des Untersuchungsziels wesentlichen Frage ist aufbauend auf der Analyse des bisherigen Meinungsspektrums zunächst zu prüfen, welcher der beiden hierzu vertretenen, sich gegenseitig ausschließenden Grundsatzpositionen zu folgen ist.

---

22 Dazu oben 2. Teil, S. 89.

23 Oben 2. Teil, S. 89 ff.

24 Zu dieser Kategorie vertraglicher Ansprüche u. ihren Vor. im einzelnen oben 2. Teil, S. 95 ff.

25 Oben 2. Teil, S. 95.

26 Dazu näher oben 2. Teil, S. 108 ff.

27 Vgl. oben 2. Teil, S. 111 ff.

28 Zur Diff. zwischen Ansprüchen aus eigenem u. solchen aus abgeleitetem Recht oben 2. Teil, S. 95.

29 Zu den Gründen für die Ausklammerung des Handelsrechts aus den weiteren Erörterungen oben 3. Teil, S. 118 f.

Diese Entscheidung ist im Ergebnis zugunsten der arbeitsrechtlichen Ansätze zu treffen, da nur diese Sichtweise der gesellschaftspolitischen Bedeutung des Arbeitskampfes, seiner grundsätzlichen Anerkennung durch die Rechtsordnung sowie den z.T. ausdrücklich auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts geregelten Wechselbeziehungen des Arbeitskampfrechts zu anderen Teilrechtsgebieten im erforderlichen Umfang gerecht wird.[30]

Die Entscheidung zugunsten der arbeitsrechtlichen Ansätze allein bietet noch keine tragfähige Grundlage für die Begründung eines teilweisen Vorrangs arbeitskampfrechtlicher Wertungen vor denjenigen des Schuldrechts, soweit sie nicht miteinander vereinbar sind. Die insoweit von den Vertretern der arbeitsrechtlichen Ansätze herangezogenen Argumente sind lediglich geeignet, den Vorrang des Arbeitskampfrechts auf rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen zu erstrecken;[31] es bedarf daher weiterer Argumentationsketten, um das Ergebnis der arbeitsrechtlichen Ansätze abzusichern.

Die zum Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Arbeitsvertragsrecht entwickelten Grundsätze können den teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht argumentativ nicht hinreichend stützen; die herrschende Einheitstheorie[32] ist bereits wegen der zahlreichen Mängel ihrer dogmatischen Grundlagen hierzu nicht geeignet.[33] Dieser Ansatz vermag lediglich Indizien im Hinblick auf eine mögliche Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten für die Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen sowie in bezug auf die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 278, 831 BGB im Arbeitskampf zu liefern.[34]

---

30 Zu den einzelnen Argumenten für die Zugrundelegung der arbeitsrechtlichen Ansätze beim weiteren Gang der Untersuchung oben 3. Teil, S. 121 ff.

31 Zu diesem innerhalb der Vertreter der arbeitsrechtlichen Ansätze bestehenden Konsens oben 1. Teil, S. 49.

32 Zur Darstellung dieses Ansatzes oben 3. Teil, S. 138 ff.

33 Zu den einzelnen Kritikpunkten oben 3. Teil, S. 143 ff.

34 Zu diesen möglichen Folgerungen aus der Einheitstheorie oben 3. Teil, S. 149 f.

Auch die Sozialadäquanzlehre kann den teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht dogmatisch nicht begründen.[35] Zwar kommt dieser Rechtsfigur grundsätzlich rechtliche Relevanz zu, sie hat aber innerhalb des Arbeitskampfrechts keine selbständige praktische Bedeutung mehr, nachdem insbes. das BAG zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an ihre Stelle gesetzt hat.[36] Darüberhinaus läßt sich die Sozialadäquanzlehre wegen ihres rein handlungsbezogenen Unrechtsverständnisses[37] nicht mit dem privatrechtlichen Unrechtsbegriff, der - ohne den dogmatischen Streit zwischen Handlungs- u. Erfolgsunrecht entscheiden zu müssen - jedenfalls nicht nur handlungsbezogen ist, in Einklang bringen.[38] Schließlich ist die Sozialadäquanzlehre auch innerhalb vertraglicher Beziehungen unanwendbar.[39]

Auch der Ansatz vom Arbeitskampf als Eingriff von hoher Hand[40] kann das Ergebnis der arbeitsrechtlichen Ansätze nicht im erforderlichen Umfang tragen. Zwar mögen durchaus Parallelen zwischen Arbeitskämpfen u. Enteignungen als Beispiel für Eingriffe von hoher Hand bestehen; gleichwohl können wesentliche Strukturunterschiede, die eine Vergleichbarkeit ausschließen, nicht übersehen werden. So sind im Gegensatz zu rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen rechtmäßige Enteignungen für davon Betroffene unzumutbar.[41] Wesentlicher ist noch die Feststellung, daß Arbeitskämpfe im Gegensatz zu Enteignungen keine unmittelbaren staatlichen Akte sind, da Arbeitskampfmaßnahmen nicht vom Staat, sondern von natürlichen Personen bzw. in privater Rechtsform organisierten Vereinigungen geführt werden. Darüberhinaus handeln

---

35 Zum Inhalt der Sozialadäquanzlehre u. ihren dogmatischen Grundlagen oben 3. Teil, S. 154 ff.

36 Zu diesen Zusammenhängen oben 3. Teil, S. 166 f.

37 Dazu oben 3. Teil, S. 161 f.

38 Vgl. hierzu oben 3. Teil, S. 168 ff.

39 Dazu am Beispiel des Arbeitsvertragsrechts oben 3. Teil, S. 173 ff.

40 Zum Inhalt dieses Ansatzes oben 1. Teil, S. 53 f.

41 Zur Gegenüberstellung von Arbeitskampf u. Enteignung unter Berücksichtigung des Kriteriums der Unzumutbarkeit oben 3. Teil, S. 182 ff.

diese Personen bzw. Vereinigungen auch nicht als Beliehene, weil es im Hinblick auf die Führung von Arbeitskampfmaßnahmen an einem staatlichen Beleihungsakt, an der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben u. an der Staatsaufsicht, d.h. an allen für eine Beleihung erforderlichen Vor. fehlt.[42]

Eine Betrachtung der zum Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht entwickelten Grundsätze zeigt[43], daß zwar wegen der Wesensverschiedenheit von Betriebsverfassungsrecht u. Schuldrecht keine unmittelbaren Folgerungen statthaft sind, daß andererseits aber eine Lösung der Kollision von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht möglich ist, wenn es gelingt, zwischen beiden Teilrechtsgebieten ein Rangverhältnis unter Zugrundelegung der Normenhierarchie herzustellen. Außerdem ergibt die Analyse Hinweise für eine mögliche Bedeutung der Figur der Kampfparität auch im Hinblick auf die Bestimmung eines Rangverhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht.[44]

Bei der Diskussion eines möglichen Rangverhältnisses zwischen den zuletzt genannten Teilrechtsgebieten ist eine getrennte Analyse der Stellung jedes dieser Teilrechtsgebiete innerhalb der Gesamtrechtsordnung vorzunehmen. Dies beruht darauf, daß auch bei Zugrundelegung der arbeitsrechtlichen Ansätze verschiedene Ausprägungen eines Rangverhältnisses denkmöglich sind u. für die Feststellung eines solchen Verhältnisses jeweils ein Bezugspunkt existieren muß.[45]

Bei der Analyse der Stellung des Arbeitskampfrechts innerhalb der Gesamtrechtsordnung ist zunächst von denjenigen Normen auszugehen, die Aussagen über den Arbeitskampf u./oder die privatrechtliche Haftung bei arbeitskampfbedingten Folgen enthalten. Solche Normen findet man

---

42 Zur Auseinandersetzung mit der These, Arbeitskampfmaßnahmen seien unmittelbare staatliche Eingriffe oben 3. Teil, S. 184 ff.

43 Zu diesen Grundsätzen oben 3. Teil, S. 198 ff.

44 Zu den möglichen Ableitungen aus den zur Beurteilung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht entwickelten Grundsätzen für die Lösung der Kollision von arbeitskampfrechtlichen u. schuldrechtlichen Wertungen oben 3. Teil, S. 209 f.

45 Zur Begründung für die Notwendigkeit dieser Vorgehensweise oben 3. Teil, S. 128 f.

in verschiedenen Rechtsquellen.[46]

Aus den z.Zt. geltenden völkerrechtlichen Verträgen können keine verwertbaren Gesichtspunkte im Hinblick auf die Ermittlung eines Rangverhältnisses zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht abgeleitet werden. Dies beruht u.a. darauf, daß dort allenfalls Aussagen über die öffentlichrechtliche Stellung des Arbeitskampfes, nicht aber über seine privatrechtsrelevanten Folgen enthalten sind bzw. abgeleitet werden können. Außerdem haben die völkerrechtlichen Verträge innerhalb der Gesamtrechtsordnung nur den Rang einfachen Bundesrechts; soweit daher in Normen des Bundesverfassungsrechts die Regelungen der geltenden völkerrechtlichen Verträge bereits mitenthalten sind, muß wegen der Relevanz des Rangkriteriums auf das höherrangige Verfassungsrecht zurückgegriffen werden.[47]

Die sog. Notstandsklausel (Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG) hat im Hinblick auf die Frage nach dem Rang des Arbeitskampfrechts ebenfalls nur untergeordnete Bedeutung. Dies beruht darauf, daß der Verfassungsgesetzgeber durch Einbringung dieser Norm in den bereits bestehenden Art. 9 Abs. 3 GG keine Änderung des bestehenden Rechtszustandes in bezug auf die verfassungsrechtliche Beurteilung des Arbeitskampfes vornehmen wollte. Außerdem können aus der Notstandsklausel weder Hinweise für den Umfang einer möglichen verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Arbeitskampfrechts noch im Hinblick auf mögliche privatrechtliche Folgen einer solchen Gewährleistung entnommen werden.[48]

Diverse einfachgesetzliche Normen des Bundesrechts[49], die Auswirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen in einigen Teilbereichen regeln, zeigen, daß arbeitskampfbedingte Folgen zu einer diff. rechtlichen Beurteilung führen, sie enthalten aber weder Regelungen von privatrechtlichen Aus-

---

46 Oben 3. Teil, S. 210.

47 Zur Bedeutung verschiedener Normen in völkerrechtlichen Verträgen in bezug auf die Stellung des Arbeitskampfrechts innerhalb der Gesamtrechtsordnung oben 3. Teil, S. 211 ff.

48 Zur Prüfung der Relevanz von Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG oben 3. Teil, S. 223 ff.

49 Zu den einzelnen hier einzuordnenden Vorschriften oben 3. Teil, S. 124 ff.

wirkungen von Arbeitskampfmaßnahmen noch Anhaltspunkte zur Stellung des Arbeitskampfrechts in der Gesamtrechtsordnung, da sie die Zulässigkeit bzw. Garantie des Arbeitskampfes offenlassen bzw. voraussetzen.[50]

Verschiedene Normen des Landesverfassungsrechts sehen die Anerkennung oder Gewährleistung eines Streikrechts vor u. ordnen in einem Fall sogar ein Verbot von Aussperrungen an.[51] Diese Vorschriften können aber keine aktuelle Gültigkeit beanspruchen, da andernfalls kein bundeseinheitliches Arbeitskampfrecht bestehen würde. Ferner können aus den einzelnen Verfassungsnormen keine Hinweise für die Lösung privatrechtlicher Folgen von Arbeitskampfmaßnahmen entnommen werden.[52]

Richterrecht zum Arbeitskampfrecht kommt als unmittelbarer Ansatzpunkt zur Beantwortung der Frage nach dem Rang von Arbeitskampfrecht innerhalb der Gesamtrechtsordnung nicht in Betracht. Dies folgt daraus, daß diese Rechtsquelle - wenn man ihr überhaupt selbständige Bedeutung zuerkennen will - aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG) innerhalb der Normenhierarchie unter GG u. einfachem Bundesrecht steht. Damit ist eine direkte Heranziehung von Richterrecht solange ausgeschlossen, wie das Arbeitskampfrecht auf der Ebene des GG Regelungen gefunden hat, die wiederum als inhaltliche Schranke für den Spielraum bei der Entwicklung von Richterrecht zu beachten sind.[53]

Bei der Analyse der Stellung des Arbeitskampfrechts im GG ist zunächst zu prüfen, ob nur Arbeitskampffreiheit anerkannt oder aber ein Recht auf kampfweise Betätigung verfassungsrechtlich garantiert wird.[54]

---

50 Vgl. oben 3. Teil, S. 227 f.

51 Zu den einzelnen Normen in den Verfassungen verschiedener Bundesländer oben 3. Teil, S. 229.

52 Dazu oben 3. Teil, S. 229 f.

53 Zur Bedeutung des Richterrechts für den Rang des Arbeitskampfrechts oben 3. Teil, S. 231 ff.

54 Zu dieser Unterscheidung sowie zum Inhalt dieser beiden Begriffe oben 3. Teil, S. 241 ff. u. S. 246 f.

Nur im letzteren Fall besteht überhaupt die Notwendigkeit, die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Rechts auf kampfweise Betätigung näher zu erörtern. Falls dieses Recht als Grundrecht ausgestaltet ist, muß in einem weiteren Untersuchungsschritt die privatrechtliche Dimension dieses Rechts untersucht werden.[55]

Rechtsgrundlage für eine Verankerung des Arbeitskampfrechts innerhalb des GG ist Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Soweit früher Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen wurde, kann diese Sichtweise wegen grundsätzlicher methodischer u. verfassungssystematischer Bedenken nicht aufrechterhalten werden.[56]

Die Auslegung von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ergibt, daß durch diese Norm zwar bei Zugrundelegung ihres Wortlauts nur die individuelle Koalitionsfreiheit gewährleistet zu sein scheint. Tatsächlich werden aber von Rechtsprechung u. Schrifttum verschiedene Gewährleistungsschichten anerkannt. Nach der herrschenden Theorie vom Doppelgrundrechtscharakter von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG wird neben der individuellen Koalitionsfreiheit mit ihren einzelnen Komponenten positive u. negative Koalitionsfreiheit[57] auch die kollektive Koalitionsfreiheit gewährleistet u. damit nicht nur das Recht einzelner zum Zusammenschluß, sondern auch der Schutz des vollzogenen Zusammenschlusses selbst. Innerhalb der kollektiven Koalitionsfreiheit werden Koalitionsbestand, -zweck u. -betätigung[58] gewährleistet. Innerhalb der Koalitionsbetätigungsgarantie wird unmittelbar nur die Dimension "Koalitionsverfahren"[59] gewährleistet; die sog. Koalitionsmittel stehen außerhalb dieses Bereichs. Zu den Koalitionsmitteln zählen v.a. TV u. Arbeitskampf. Während der TV aufgrund der Rechtsprechung des BVerfG als mittelbar durch

---

55 Zu dieser mehrstufigen Prüfung oben 3. Teil, S. 250 f.

56 Zur Entscheidung zwischen Art. 2 Abs. 1 u. 9 Abs. 3 S. 1 GG als möglichen Rechtsgrundlagen für eine Verankerung des Arbeitskampfrechts innerhalb des GG oben 3. Teil, S. 251 ff.

57 Zum Inhalt dieser Gewährleistungen oben 3. Teil, S. 263 ff.

58 Zu diesen Begriffen oben 3. Teil, S. 265 ff.

59 Zur Bedeutung dieses Terminus oben 3. Teil, S. 268.

Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet angesehen werden muß[60], kann diese Folgerung im Hinblick auf eine verfassungsrechtliche Gewährleistung des Arbeitskampfes nicht so einfach gezogen werden.

Trotz der bisherigen Zurückhaltung v.a. des BVerfG im Hinblick auf Aussagen zur Stellung des Arbeitskampf(rechts) im GG wird aber auch dieses Koalitionsmittel mittelbar in den Gewährleistungsbereich von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG einzubeziehen sein. Dies ergibt sich insbes. daraus, daß die Tarifautonomie ohne die Möglichkeit zur Führung von Arbeitskämpfen nicht funktionsfähig sein würde, da dann das Zustandekommen von TV wesentlich erschwert wäre.[61] Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird durch den Zusammenhang zwischen den Kriterien der Tariffähigkeit[62] u. der Arbeitskampfbereitschaft bestätigt. Die Arbeitskampfbereitschaft ist trotz einer geänderten Sichtweise in der Rechtsprechung grundsätzlich als Vor. für die Anerkennung der Tariffähigkeit von Verbänden anzusehen; daraus folgt, daß der Arbeitskampf auch eine verfassungsrechtliche Dimension haben muß, da er der Disposition durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber jedenfalls in einem gewissen Umfang entzogen sein muß. Andernfalls wäre nicht mehr sichergestellt, daß grundsätzlich nur arbeitskampfbereiten Organisationen die Tariffähigkeit zuerkannt werden kann.[63]

Das mittelbar durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG gewährleistete Recht auf kampfweise Betätigung ist verfassungsrechtlich als Grundrecht ausgestaltet; zusätzlich wird der Arbeitskampf als Einrichtungsgarantie geschützt. Nur diese Sichtweise wird der besonderen Bedeutung des Arbeitskampfes im Hinblick auf die Ausfüllung der Tarifautonomie gerecht; sie steht auch mit allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen Grundsätzen in Einklang.[64] Das Recht auf kampfweise Betätigung hat

---

60 Zu diesen Zusammenhängen, insbes. zur Verbindung von Tarifautonomie u. TV oben 3. Teil, S. 269 ff.

61 Zum Zusammenhang von Tarifautonomie u. Arbeitskampf oben 3. Teil, S. 272 ff.

62 Zu diesem Begriff oben 3. Teil, S. 281.

63 Zu den Beziehungen zwischen Tariffähigkeit u. Arbeitskampfbereitschaft oben 3.Teil, S. 281 ff.

64 Zur Rechtsnatur des Rechts auf kampfweise Betätigung oben 3. Teil, S. 289 ff.

sowohl öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Wirkungen. Jene Komponente folgt aus dem allgemein anerkannten Charakter von Grundrechten als subjektiv-öffentliche Rechte. Die privatrechtliche Dimension ergibt sich dem Grunde nach aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, der die unmittelbare Drittwirkung der durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Rechte anordnet.[65]

Inhaber des Rechts auf kampfweise Betätigung sind nur einzelne AG u. AN; dies ergibt sich verfassungstheoretisch aus Art. 1 Abs. 1 GG, wonach nur einzelne Individuen Grundrechtsträger sein können. Verbänden u. Gruppen, insbes. AG-Verbände u. Gewerkschaften kommt lediglich das Recht zur Ausübung des Rechts auf kampfweise Betätigung zu; dieses Ausübungsrecht ist aber kein selbständiges, originäres Recht, es hängt vielmehr untrennbar vom Individualgrundrecht auf kampfweise Betätigung ab u. ist damit ein derivatives Recht.[66]

Das Recht auf kampfweise Betätigung wird durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG nicht ohne Einschränkungen gewährleistet. Zwar enthält diese Verfassungsnorm keinen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt, wohl aber - wie alle vorbehaltlosen Grundrechtsbestimmungen - ungeschriebene immanente Schranken in Form von grundrechts- u. verfassungsimmanenten Schranken.[67]

Einschränkungen in bezug auf den Umfang der Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung ergeben sich aufgrund der vom BVerfG entwickelten Kernbereichslehre.[68] Unabh. davon, welcher der beiden zur Bestimmung des durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Kernbereichs verwendeten Formeln - Unerläßlichkeits- u. Abwägungsformel[69] - man folgt, muß unter Heranziehung des verfassungsrechtlichen Verhältnis-

---

65 Zum Geltungsbereich des Rechts auf kampfweise Betätigung oben 3. Teil, S. 299 f.

66 Zur Frage nach der Trägerschaft des Rechts auf kampfweise Betätigung oben 3. Teil, S. 301 ff.

67 Zu dieser Diff. oben 3. Teil, S. 311 ff.

68 Zu dieser Figur oben 3. Teil, S. 317 ff.

69 Zum Inhalt dieser Bestimmungsformeln oben 3. Teil, S. 321 ff.

mäßigkeitsgrundsatzes[70] als gegenüber diesen beiden Formeln präziserem Maßstab davon ausgegangen werden, daß nur rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen in den durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG geschützten Kernbereich des Rechts auf kampfweise Betätigung fallen.

Innerhalb der z.Zt. bestehenden Ausprägung des Arbeitskampfsystems, das zwar wegen der Offenheit dieses Systems nicht unrevidierbar durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG festgeschrieben wird u. daher nur beispielhaften Charakter hat, in dieser Untersuchung aber zugrunde gelegt werden muß, bestimmt sich die abstrakt-generelle Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen nach den durch Rechtsprechung u. Schrifttum in Anwendung u. Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entwickelten Kriterien.[71] Aus der Anwendung dieser Kriterien auf die wichtigsten in der Praxis verwendeten Erscheinungsformen von Streiks u. Aussperrungen ergibt sich, daß Demonstrations-, General- u. politische Arbeitskämpfe sowie wilde Streiks u. Warnstreiks in der Form der Neuen Beweglichkeit grundsätzlich nicht durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet werden. Demgegenüber werden Erzwingungs- u. klassische Warnarbeitskämpfe sowie wilde Aussperrungen durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG privilegiert.[72]

Außer den Beschränkungen durch die Kernbereichslehre bzw. durch den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kommen Einschränkungen der Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung durch spezielle Schranken anderer Grundrechtsnormen in Betracht.[73] Von den insoweit zu nennenden Schranken ist aber lediglich Art. 9 Abs. 2 GG auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG anwendbar; dies hat aber im Hinblick auf den Umfang der Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung keine praktische Bedeutung, die Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG sowie von Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG können demgegenüber bereits aus verfassungssystematischen u. -theoretischen Gründen nicht entsprechend zur Be-

---

70 Oben 3. Teil, S. 333 ff.

71 Zu diesen einzelnen Kriterien die Darstellung oben 3. Teil, S. 341 ff.

72 Zur Beschreibung u. rechtlichen Beurteilung einzelner Erscheinungsformen von Streiks u. Aussperrungen oben 3. Teil, S. 349 ff.

73 Zu den in diesem Zusammenhang zu prüfenden Schranken im einzelnen oben 3. Teil, S. 364 ff.

grenzung des Gewährleistungsinhalts von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG herangezogen werden.[74] Schließlich kann der Gedanke der Gemeinwohlbindung zu keinen zusätzlichen Beschränkungen der Verfassungsgarantie des Rechts auf kampfweise Betätigung führen; der Gemeinwohlgedanke ist sowohl wegen grundsätzlicher Erwägungen als auch im Hinblick auf das wesentlich präzisere Instrument des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht geeignet, eine exaktere Bestimmung der Reichweite der Gewährleistung des Rechts auf kampfweise Betätigung herbeizuführen.[75]

Die Analyse der Stellung des Arbeitskampfrechts in der Gesamtrechtsordnung ergibt somit, daß Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG ein Recht auf kampfweise Betätigung insoweit gesetzesfest gewährleistet, als rechtmäßige Arbeitskampfmaßnahmen u. -formen betroffen sind. Dieses Recht auf kampfweise Betätigung ist als Grundrecht ausgestaltet u. hat neben der subjektiv-öffentlichen Wirkungsrichtung auch unmittelbare Drittwirkung (Privatrechtswirkung). Rechtsträger sind einzelne AN u. AG; Verbände u. Organisationen haben nur ein von dem Individualrecht abhängiges Ausübungsrecht. Unmittelbare Folgerungen für das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht erlaubt die isolierte Betrachtung der Stellung des Arbeitskampfrechts innerhalb der Gesamtrechtsordnung nicht.

Bei der Analyse der Stellung des Schuldrechts als dem zweiten Element zur Bestimmung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht darf nicht vordergründig an die Regelung des Schuldrechts im Zweiten Buch des BGB angeknüpft u. daraus Folgerungen im Hinblick auf den Rang dieses Teilrechtsgebietes innerhalb der Gesamtrechtsordnung gezogen werden. Vielmehr sind von den verschiedenen Regelungsmaterien des Schuldrechts diejenigen Rechtsfolgen herauszugreifen, die das schuldrechtliche Haftungssystem grundsätzlich als Sanktion auch für arbeitskampfbedingte Eingriffe in die Rechtsposition kampfunbeteiligter Personen vorsieht. Innerhalb dieser Rechtsfolgen kann eine deutliche Trennung in bezug auf die Verbindung dieser Rechtsfolgen mit dem In-

---

74 Zu den Gründen hierfür oben 3. Teil, S. 368 ff. u. S. 371 ff.

75 Zur Frage der Gemeinwohlbindung des Rechts auf kampfweise Betätigung oben 3. Teil, S. 375 ff.

stitut der Privatautonomie vorgenommen werden.[76]

Aus dieser Diff. kann bereits abgeleitet werden, daß die bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen auf kampfunbeteiligte Personen grundsätzlich anwendbaren Normen des Deliktsrechts (§§ 823 ff. BGB) nur auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts verankert sind, da der Vorbehalt des Bürgerlichen Rechts allein nicht dazu führen kann, daß - trotz Fehlen einer eigenständigen, selbständigen Verankerung von Rechten auf der Verfassungsebene - eine Einschränkung vorbehaltloser Grundrechte wie insbes. von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG herbeigeführt wird.[77] Daraus folgt unmittelbar, daß die gesetzlichen Rechtsfolgen des Schuldrechts bereits wegen des Grundsatzes vom Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht hinter das Recht auf kampfweise Betätigung, soweit es durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet wird, zurücktreten u. damit verdrängt werden.[78]

Im Hinblick auf die Beurteilung derjenigen Rechtsfolgen des Schuldrechts, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, bedarf es einer näheren Analyse ihrer Stellung innerhalb der Gesamtrechtsordnung. Wegen der in bezug auf die privatrechtliche Haftung bei arbeitskampfbedingten Folgen relevanten schuldrechtlichen Sanktionen kann die Untersuchung auf die Vertragsfreiheit als eine (wesentliche) Erscheinungsform privatautonomen Handelns beschränkt werden.[79]

---

76 Zu den in den Fällen der privatrechtlichen Haftung einschlägigen Rechtsfolgen des Schuldrechts unter besonderer Berücksichtigung ihres Zusammenhangs mit der Privatautonomie oben 3. Teil, S. 390 ff.

77 Zum Vorbehalt des Bürgerlichen Rechts u. seiner möglichen Bedeutung für die verfassungsrechtliche Dimension gesetzlicher Rechtsfolgen des Schuldrechts oben 3. Teil, S. 392 f.

78 Zum Rangverhältnis zwischen dem Recht auf kampfweise Betätigung u. den gesetzlichen Rechtsfolgen im einzelnen oben 3. Teil, S. 393 ff.

79 Zu den Verbindungen von Privatautonomie u. Vertragsfreiheit oben 3. Teil, S. 396 f.

Die Vertragsfreiheit[80] auf dem Gebiet des Schuldrechts wird als Bestandteil der freien Entfaltung der Persönlichkeit vom Gewährleistungsbereich des Art. 2 Abs. 1 GG mitumfaßt.[81] Diese Gewährleistung beinhaltet die Anerkennung eines Grundrechts mit dem Inhalt der Freiheit zum Vertragsschluß sowie zu deren inhaltlicher Gestaltung; im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG besteht mangels unmittelbarer Drittwirkung keine direkte Ausstrahlung auf das Privatrecht. Die Gewährleistung der Vertragsfreiheit bedeutet aber nicht, daß die gesamte, derzeit u.a. durch das BGB konkretisierte Privatrechtsordnung pauschal Verfassungsrang beanspruchen kann, sondern nur, daß der einfache Gesetzgeber die grundsätzliche Entscheidung für eine Privatrechtsordnung zu respektieren u. deren Funktionsfähigkeit sicherzustellen hat. Innerhalb der aktuellen Ausgestaltung der Privatrechtsordnung kommt diesbezüglich den im Schuldrecht für Vertragsverletzungen vorgesehenen Sanktionen wesentliche Bedeutung zu; daher muß man denjenigen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, über Art. 2 Abs. 1 GG Verfassungsrang einräumen.[82]

Die Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG ist aber nicht schrankenlos; verfassungsrechtliche Schranken ergeben sich aus Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG in Form der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung sowie derjenigen der Rechte Dritter. Zur verfassungsmäßigen Ordnung zählt u.a. auch das Recht auf kampfweise Betätigung, soweit es in rechtmäßigen Arbeitskampfmaßnahmen konkretisiert wird; dieses Recht kann außerdem auch in die Kategorie der Rechte Dritter i.S.v. Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG eingeordnet werden.[83]

Aus der isolierten Analyse der Stellung des Schuldrechts innerhalb der Gesamtrechtsordnung ergibt sich, daß auch diesem Teilrechtsgebiet - soweit diejenigen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, betroffen sind - Verfassungsrang zu-

---

80 Zu Begriff u. Inhalt oben 3. Teil, S. 397 f.

81 Zur Stellung der Vertragsfreiheit im GG oben 3. Teil, S. 400 ff.

82 Zum Inhalt der Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG näher oben 3. Teil, S. 403 ff.

83 Zur Beschränkung der Gewährleistung der Vertragsfreiheit von Verfassungs wegen im einzelnen oben 3. Teil, S. 405 ff.

kommt. Soweit die Garantie dieser Rechtsfolgen durch Art. 2 Abs. 1 GG reicht, besteht daher im Verhältnis zum Recht auf kampfweise Betätigung, soweit dieses durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleistet wird, Gleichrang. Da die Vertragsfreiheit (auch) als Grundrecht ausgestaltet ist, liegt somit die Konstellation einer Grundrechtskollision vor.[84] Diese Kollision kann nicht wie im Falle der gesetzlichen Rechtsfolgen des Schuldrechts allein durch den Hinweis auf den Grundsatz vom Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Gesetzesrecht einer Lösung zugeführt werden; es bedarf vielmehr einer Lösung dieser Kollision auf der Verfassungsebene durch Heranziehung geeigneter Methoden bzw. Instrumente.

In diesem Zusammenhang erweist sich die mögliche Heranziehung des verfassungssystematischen Verhältnisses von Art. 9 Abs. 3 S. 1 u. Art. 2 Abs. 1 GG als ungeeignet. Das zwischen diesen Verfassungsnormen anerkannte Spezialitäts- bzw. Subsidiaritätsverhältnis gilt nicht beim Bestehen von Grundrechtskollisionen, sondern nur bei Grundrechtskonkurrenzen.[85]

Das Verhältnis von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht ist auch nicht durch den Hinweis auf den weiten Umfang der Schranken des Art. 2 Abs. 1 2. HS. GG lösbar. Zwar trifft es zu, daß durch diese Schrankentrias die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Rechte bei vordergründiger Betrachtung sehr viel weitergehend eingeschränkt werden als die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG gewährleisteten Positionen; gleichwohl führt dieser Gesichtspunkt nicht weiter, da der Umfang verfassungsrechtlicher Gewährleistungen nicht lediglich von ausdrücklich geschriebenen, sondern auch von ungeschriebenen immanenten Schranken abhängt. Der Gedanke der sog. Grundrechtsstärke[86] ist nicht geeignet, die Kollision von Grundrechten zuverlässig u. zutr. zu lösen.[87]

---

84 Zu den Kennzeichen einer Grundrechtskollision u. ihrer Abgrenzung von den Fällen der Grundrechtskonkurrenz oben 3.Teil, S. 312 f.

85 Vgl. zu dieser Argumentation die Hinweise oben 3. Teil, S. 411 f.

86 Zu diesem Ansatz die Ausführungen oben 3. Teil, S. 313.

87 Zur fehlenden Tragfähigkeit dieses Arguments näher oben 3. Teil, S. 412 ff.

Schließlich kann die Kollision zwischen Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht auch nicht durch einen Hinweis auf Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG geklärt werden. Aus der durch diese Norm angeordneten unmittelbaren Drittwirkung auch des Rechts auf kampfweise Betätigung allein ergeben sich diesbezüglich keine zwingenden Folgerungen, da der Verfassungsgeber ausweislich der Entstehungsgeschichte dieser Verfassungsnorm die mögliche Kollision arbeitskampfrechtlicher u. schuldrechtlicher Wertungen gar nicht gesehen hat u. daher auch nicht auf diesem Weg regeln wollte bzw. konnte.[88]

Damit muß die festgestellte Grundrechtskollision durch gegenseitige Abstimmung der an dieser Kollision beteiligten Rechte auf der Verfassungsebene gelöst werden. Bei dieser Bestimmung ist das Verfassungsprinzip der Einheit der Verfassung zu berücksichtigen. Dieses Prinzip verlangt eine widerspruchsfreie Lösung von auf Verfassungsebene bestehenden Grundrechtskollisionen unter besonderer Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs, in den die an der Kollision beteiligten Normen eingebettet sind. Dieses Ziel muß durch Anwendung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes realisiert werden, da dieser Grundsatz das Prinzip der Güter- u. Interessenabwägung konkretisiert, das letztlich hinter der gegenseitigen Abstimmung von miteinander kollidierenden Grundrechten steht.[89]

Zum Zweck der gegenseitigen Abstimmung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht aufeinander sind geeignete Anknüpfungspunkte zu suchen, die eine Entscheidung ermöglichen, ob u. unter welchen Vor. einem Teilrechtsgebiet der Vorrang vor dem jeweils anderen einzuräumen ist. Aufgrund früherer Untersuchungen, die die privatrechtliche Haftung durch Annahme eines teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht zu lösen versuchten, kommen hierfür als Kriterien die Tarifautonomie sowie der Paritätsgedanke in Betracht. Zu prüfen ist, ob u. ggf. wie sich die unmodifizierte Anwendung bzw. Zulassung derjenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Gel-

---

88 Zur Möglichkeit einer Lösung der Kollision von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG oben 3. Teil, S. 415.

89 Zu dieser Vorgehensweise u. ihrer Begründung oben 3. Teil, S. 416 ff.

tungsgrund in der Privatautonomie haben, auf diese beiden Figuren auswirkt.

Da die eben genannten schuldrechtlichen Rechtsfolgen im Verhältnis von kampfunbeteiligten Personen gegenüber AG bzw. Unternehmern u. Gewerkschaften grundsätzlich eingreifen können, ist zunächst zu erörtern, wie die Beziehung von Tarifautonomie u. Parität zueinander zu beurteilen ist. Beide Dimensionen können völlig voneinander unabh. sein oder aber in einer instrumentalen Beziehung zueinander stehen. Erst nach Klärung dieser Beziehung kann entschieden werden, ob schuldrechtliche Rechtsfolgen einen unterschiedlichen Einfluß auf diese Kriterien ausüben u. welche Folgerungen daraus zu ziehen sind.[90]

Eine Betrachtung der Grundlagen des Paritätsbegriffs[91] ergibt i.w., daß es bei der Bestimmung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht primär auf die Komponente der Kampfparität ankommt, deren Regelungsgegenstand das Kräfteverhältnis der sozialen Gegenspieler in einem Arbeitskampf ist. Die Bestimmung bzw. Messung dieses Kräfteverhältnisses ist heute auf der Grundlage eines abstrakt-materiellen Paritätsverständnisses vorzunehmen. Daraus folgt, daß bei der Ausgestaltung des Arbeitskampfsystems auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG durch den unterverfassungsrechtlichen Gesetzgeber darauf zu achten ist, daß den sozialen Gegenspielern gleiche Chancen im Hinblick auf die Realisierung der jeweiligen Kampfziele eingeräumt werden müssen; dies erfordert insbes. eine Berücksichtigung der unterschiedlichen Ausgangspositionen der sozialen Gegenspieler in der Situation des Arbeitskampfes, der unterschiedlichen Wirkungen der einzelnen Arbeitskampfformen sowie der tatsächlichen Machtverhältnisse der sozialen Gegenspieler. Bei der Beurteilung der Machtverhältnisse kommt es auf ein grundsätzliches annäherndes Machtgleichgewicht an (abstraktes Paritätsverständnis). Als Rechtsgrundlage für die Verankerung des Paritätskonzepts ist Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG anzusehen; die Kampf- u. Verhandlungsparität ist danach als notwendiger Bestandteil der Tarifautonomie mitgewährleistet.

---

90 Zur Begründung für diese Reihenfolge bei der Abstimmung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht unter Berücksichtigung von Tarifautonomie u. Paritätsgedanke oben 3. Teil, S. 418 ff.

91 Dazu im einzelnen die Darstellung oben 3. Teil, S. 426 ff.

Daraus kann u.a. abgeleitet werden, daß Tarifautonomie u. Kampfparität nicht als zwei völlig voneinander unabh. Dimensionen angesehen werden können, sondern zueinander in einer instrumentalen Beziehung stehen (Parität zwischen den sozialen Gegenspielern als wesentliche Vor. für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie). Damit ist es statthaft, die mögliche Beeinflussung der Kampfparität durch unmodifizierte Zulassung derjenigen schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, als Anknüpfungspunkt für die Abstimmung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht heranzuziehen; das Bestehen eines Einflusses auf die Kampfparität kann wiederum (mittelbar) auch zu einer negativen Wirkung auf die Tarifautonomie führen.[92]

Neben der Bedeutung der Kampfparität für die Beurteilung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Betriebsverfassungsrecht hat der Paritätsgedanke bislang i.w. nur bei zwei wichtigen Fragestellungen Relevanz erlangt: im Zusammenhang mit der Begründung für die durch Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG unterschiedlich ausgestaltete Privilegierung von Angriffsstreiks u. Abwehraussperrungen[93] sowie bei der Lösung des Problems der arbeitskampfbedingten Lohnverweigerung in den Fällen mittelbarer Kampfbetroffenheit.[94]

Die mögliche paritätsbeeinflussende Wirkung schuldrechtlicher Ansprüche ist bislang eher beiläufig u. zudem kontrovers erörtert worden.[95] Zutr. ist es, allen im Zusammenhang mit der privatrechtlichen Haftung bei arbeitskampfbedingten Auswirkungen auf kampfunbeteiligte Personen denkmöglichen Anspruchsarten paritätsrelevante Einflüsse zuzuschreiben, da das Bestehen solcher Ansprüche geeignet ist, erheblichen Druck durch Kampfunbeteiligte auf den jeweiligen Vertragspartner auszuüben. Da sich dieser Druck über mehrere vertragliche Beziehungen - als umgekehrte Folge der Ausbreitung arbeitskampfbedingter Störungen von den sozialen Gegenspielern bis hin zu Endverbrauchern - i.d.R.

---

92 Zum systematischen Verhältnis von Tarifautonomie u. Kampfparität sowie den daraus für die Beziehung von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht resultierenden Folgerungen oben 3. Teil, S. 441 f.

93 Oben 3. Teil, S. 443 ff.

94 Oben 3. Teil, S. 445 ff.

95 Zum Überblick über den Streitstand oben 3. Teil, S. 450 ff.

auch auf die Arbeitskampfparteien auswirken wird, muß tendenziell von einer möglichen negativen Beeinflussung von deren Chancengleichheit im Arbeitskampf u. damit der Kampfparität ausgegangen werden.[96]

Bei der Prüfung, ob neben ihrer möglichen Paritätsrelevanz schuldrechtliche Ansprüche auch rein tatsächlich zu einer negativen Beeinflussung der Parität führen, ist zu differenzieren, ob Arbeitskampfmaßnahmen mit dem Ziel des Abschlusses von Firmen- oder aber von Verbands-TV geführt werden.[97] In der zuerst genannten Konstellation ergibt sich das Vorliegen einer negativen Beeinflussung der Kampfparität bereits daraus, daß in solchen Fällen immer nur die AG-Seite, niemals aber die Gewerkschaften als potentielle Anspruchsgegner schuldrechtlicher Ansprüche in Betracht kommen können. Daraus ergibt sich tendenziell ein Übergewicht der Gewerkschaften im Arbeitskampf u. damit ein negativer Einfluß auf die notwendige Chancengleichheit der sozialen Gegenspieler im Hinblick auf die Realisierung der jeweiligen tarifpolitischen Ziele, was mit dem richtigen Verständnis der Tarifautonomie nicht in Einklang gebracht werden kann.[98]

Etwas anderes gilt im Ergebnis auch in den zahlenmäßig deutlich überwiegenden Fällen von Arbeitskampfmaßnahmen, die mit dem Ziel des Abschlusses von Verbands-TV geführt werden, nicht. Zwar können hier vordergründig nur die Gewerkschaften, nicht die AG-Verbände mögliche Anspruchsgegner schuldrechtlicher Ansprüche, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, sein. Bei der haftungsrechtlichen Beurteilung der Konstellation des Verbandsarbeitskampfes dürfen aber die privatrechtlichen Beziehungen zwischen den AG-Verbänden u. ihren einzelnen Mitgliedern nicht übersehen werden; die mögliche Inanspruchnahme einzelner AG im Wege schuldrechtlicher Ansprüche durch kampfunbeteiligte Personen kann über die jeweils bestehenden Mitgliedschaftsverhältnisse zur Ausübung von Druck auf den AG-Verband führen

---

96 Zur Begründung für die mögliche Paritätsrelevanz schuldrechtlicher Ansprüche oben 3. Teil, S. 452 ff.

97 Zu dieser Diff. u. zu ihrer Begründung oben 3. Teil, S. 457.

98 Zur tatsächlichen Beeinflussung von Kampfparität u. Tarifautonomie bei Arbeitskampfmaßnahmen um Firmen-TV oben 3. Teil, S. 457 ff.

u. damit die Chancengleichheit der AG-Seite im Arbeitskampf negativ beeinflussen.[99]

Insgesamt kann somit festgestellt werden, daß schuldrechtliche Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Personen tendenziell zu einer Verschiebung der Kampfparität zuungunsten der AG-Seite führen u. dadurch auch die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie beeinträchtigt werden kann. Dieses unerwünschte Ergebnis kann nur dadurch vermieden werden, daß man bei der Kollision zwischen dem Recht auf kampfweise Betätigung im Rahmen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen u. schuldrechtlichen Rechtsfolgen, die ihren wesentlichen Geltungsgrund in der Privatautonomie haben, jenem Recht von Verfassungs wegen den Vorrang einräumt (teilweiser Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht, Vorrangtheorie). Damit ist die bislang von den Vertretern der arbeitsrechtlichen Ansätze im Rahmen der Diskussion des Problemkreises der privatrechtlichen Haftung vertretene Auffassung im Ergebnis zutr.

Dieser teilweise Vorrang arbeitskampfrechtlicher vor schuldrechtlichen Wertungen gilt unabh. von den denkmöglichen Qualifikationen der in den Kreis Kampfunbeteiligter fallenden Personen. Der personelle Geltungsbereich der Vorrangtheorie erfaßt somit AG, Unternehmer, Gewerkschaften, Endverbraucher sowie den Fiskus; zwischen den jeweiligen konkret Betroffenen aus dem Kreis kampfunbeteiligter Personen u. einem unmittelbar durch Arbeitskampfmaßnahmen betroffenen, an einem Arbeitskampf Beteiligten müssen keine direkten Rechtsbeziehungen in Form privatrechtlicher Verträge bestehen. Es reicht aus, wenn sich aufgrund der Fortpflanzung arbeitskampfbedingter Störungen über mehrere Stufen innerhalb des Produktionsprozesses Ansprüche gegen einen im Produktionsprozeß jeweils vorgelagerten Vertragspartner aufgrund allgemeiner schuldrechtlicher Erwägungen ergeben können. Die Geltung des Grundsatzes vom teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht ist darüberhinaus auch nicht von einer räumlichen Verknüpfung zwischen potentiellen Anspruchsstellern u. Anspruchsgegnern abhängig; unerheblich ist daher z.B., ob diese Personen jeweils innerhalb desselben Tarifgebietes ansässig sind.[100]

---

99 Zu diesen Zusammenhängen im einzelnen oben 3. Teil, S. 463 ff.

100 Zum personellen u. räumlichen Geltungsbereich des teilweisen Vorrangs arbeitskampfrechtlicher vor schuldrechtlichen Wertungen oben 3. Teil, S. 469 f.

Die Ableitung des Grundsatzes vom teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht hält auch der Überprüfung am Maßstab des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stand. Der teilweise Vorrang des Arbeitskampfrechts ist geeignet, die auf der Verfassungsebene bestehende Kollision zwischen arbeitskampfrechtlichen u. schuldrechtlichen Wertungen eindeutig, zuverlässig u. vorhersehbar zu lösen. Die Annahme des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts ist auch erforderlich, damit nicht von vornherein eines der an der Kollision beteiligten Rechts vollständig zu Lasten des jeweils anderen realisiert wird u. damit dem Grundsatz der Einheit der Verfassung nicht im erforderlichen Umfang Rechnung getragen werden kann. Schließlich entspricht die entwickelte Lösung der Kollisionslage auch dem Kriterium der Proportionalität; schuldrechtliche Wertungen treten nur dann zurück, wenn sich aufgrund rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen negative Auswirkungen für kampfunbeteiligte Personen ergeben. Wegen des nur vorübergehenden Charakters von Arbeitskampfmaßnahmen wird dieser Vorrang ebenso wie durch deren zahlenmäßig bislang relativ geringe Relevanz in der Praxis noch weiter zugunsten der Geltung schuldrechtlicher Wertungen eingeschränkt.[101]

Neben diesen eben skizzierten Relativierungen erfährt der Grundsatz vom teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht noch weitere grundsätzliche Einschränkungen in sachlicher Hinsicht. Dieser Vorrang kann dann keine Geltung beanspruchen, wenn die bei kampfunbeteiligten Personen eintretenden arbeitskampfbedingten Nachteile ihre Ursache nicht lediglich im Wirkungsmechanismus des Arbeitskampfes haben. Dies ist dann der Fall, wenn Schuldner im Verhältnis gegenüber Kampfunbeteiligten die arbeitskampfbedingten Risiken ordnungsgemäßer Erfüllung ihrer schuldrechtlichen Pflichten ausdrücklich oder stillschweigend übernommen oder hierfür nach von arbeitskampfrechtlichen Gesichtspunkten völlig unabh. Wertungen rechtlich einzustehen haben. Derartige Konstellationen bestehen bei Vorliegen von echten Gattungsschulden u. selbständigen Garantieverträgen einerseits sowie bei Geldschulden andererseits. Die Schuldner haben dann uneingeschränkt unter

---

101 Zur Überprüfung des Grundsatzes vom teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht am Maßstab des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oben 3. Teil, S. 470 ff.

Heranziehung schuldrechtlicher Wertungen zu haften; das Recht auf kampfweise Betätigung vermag sich insoweit nicht zu ihren Gunsten auszuwirken.[102]

Nach der allgemeinen Ableitung des Grundsatzes vom teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht steht fest, daß bei Folgewirkungen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen schuldrechtliche Ansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Personen - unabh. von ihrem konkreten Rechtsgrund - nicht begründet sein dürfen. Dieser Grundsatz muß nunmehr dogmatisch u. systematisch so in das schuldrechtliche Haftungssystem integriert werden, daß einerseits möglichst geringe, schonende Eingriffe in dieses System erfolgen, andererseits aber das Bestehen einer schuldrechtlichen Haftung innerhalb des Geltungsbereichs der Vorrangtheorie zuverlässig u. vorhersehbar ausgeschlossen wird. Unter Heranziehung des klassischen dreigliedrigen Aufbaus anspruchsbegründender Normen des Schuldrechts ist danach eine Eingliederung beim objektiven Tatbestand, bei der Rechtswidrigkeit u./oder beim subjektiven Tatbestand solcher Bestimmungen denkmöglich.[103]

Von diesen Alt. scheidet die Integration in den subjektiven Tatbestand aus. Auf diesem Weg können die auch bei der privatrechtlichen Haftung im hier zu behandelnden Zusammenhang auftretenden Fälle verschuldensunabh. Haftung nicht erfaßt werden, da dort das Vorliegen des subjektiven Tatbestands für den Eintritt der Haftung unerheblich ist. Ferner sprechen gegen diesen Lösungsvorschlag auch erhebliche grundsätzliche dogmatische Bedenken sowie die Notwendigkeit einer Einzelfallbeurteilung, die dem erforderlichen herzustellenden Maß an Rechtssicherheit u. Vorhersehbarkeit widerspricht.[104]

Auch die Einordnung des teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht bei der Rechtswidrigkeit ist nicht überzeugend begründbar. Es kann weder davon ausgegangen werden, daß bei Auswirkungen

---

102 Zur fehlenden Geltung des Grundsatzes vom teilweisen Vorrang des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht in diesen Fällen oben 3. Teil, S. 475 ff.

103 Zu diesen Alt. die Hinweise oben 4. Teil, S. 491 f.

104 Zur fehlenden Möglichkeit der Eingliederung der Vorrangtheorie in den subjektiven Tatbestand anspruchsbegründender Normen des Schuldrechts oben 4. Teil, S. 492 ff.

rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen auf kampfunbeteiligte Personen die Rechtswidrigkeit von vornherein fehlt[105] noch besteht die Möglichkeit, über die Berücksichtigung von Rechtfertigungsgründen im Ergebnis zur Ablehnung einer privatrechtlichen Haftung zu gelangen. Als tragfähiger Rechtfertigungsgrund kommt von vornherein nur ein subjektiv-privates Recht auf kampfweise Betätigung in Betracht.[106] Dieser Lösungsweg versagt aber spätestens dann, wenn begründet werden soll, warum auch bereits beim Bestehen vertraglicher Erfüllungsansprüche zugunsten kampfunbeteiligter Personen diese Ansprüche nicht bestehen bzw. nicht durchsetzbar sein können.[107]

Damit bleibt als Lösungsvorschlag nur die mögliche Integration der Vorrangtheorie beim objektiven Tatbestand anspruchsbegründender schuldrechtlicher Normen übrig. Dabei ist insbes. zu begründen, ob u. ggf. wie schuldrechtliche Pflichten aufgrund rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen zumindest vorübergehend wegfallen oder ausgesetzt werden können.

Der Ansatz von der vertraglichen Risikoteilung, der einen Wegfall schuldrechtlicher Pflichten beim Eintreten arbeitskampfbedingter Leistungshindernisse abzuleiten versucht, erweist sich bei einer Überprüfung seiner Grundlagen als nicht tragfähig. Insbes. steht der bedenkenlosen Heranziehung dieses Ansatzes entgegen, daß er nur für Dauerschuldverhältnisse in der Form von Sukzessivlieferungsverträgen gelten soll. Außerdem führt die vorgenommene Beschränkung auf Kaufverträge nicht weiter, da bei arbeitskampfbedingten Folgewirkungen auch schuldrechtliche Verpflichtungen aus anderen Vertragsformen beeinträchtigt werden können. Schließlich kann allein aufgrund der Auslegung von Kaufvertragsinhalten keine so weitgehende Folgerung, wie sie der endgültige Wegfall von schuldrechtlichen Pflichten bedeutet, gezogen werden.[108]

---

105 Zur Begründung für die Ablehnung dieser Sichtweise oben 4. Teil, S. 497 ff.

106 Zur fehlenden Tragfähigkeit anderer in diesem Zusammenhang diskutierter Rechtfertigungsgründe oben 4. Teil, S. 500 ff.

107 Zur Ablehnung der rechtfertigenden Wirkung eines subjektiv-privaten Rechts auf kampfweise Betätigung oben 4. Teil, S. 509 f.

108 Zu den Gründen für die Ablehnung des Ansatzes von der vertraglichen Risikoteilung oben 4. Teil, S. 510 ff.

Als weitere Alt. bietet sich die Annahme eines zeitweiligen Nichtbestehens vertraglicher Erfüllungsansprüche für die Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen an.[109] Dieses Ergebnis kann durch Heranziehung des Suspendierungsgedankens abgesichert u. begründet werden.[110] Diese Kategorie ist zwar dem Schuldrecht fremd, da das dort geregelte dualistische System der Leistungsstörungen als Folge von Vertragsverletzungen grundsätzlich das Erlöschen vertraglicher Erfüllungsansprüche vorsieht. Gleichwohl kann der Suspendierungsgedanke relativ unproblematisch in das bestehende schuldrechtliche System integriert werden.[111]

Rechtsgrundlage für die Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten für die Dauer von Arbeitskampfmaßnahmen ist das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts. Dieses subjektiv-private Recht ist das Ergebnis der Projektion des auf der Verfassungsebene bestehenden teilweisen Vorrangs des Arbeitskampfrechts vor dem Schuldrecht. Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts bildet den privatrechtlichen Unterbau der Vorrangtheorie. Die Privatrechtsrelevanz dieses Rechts wird im Grundsatz bereits durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG angeordnet; es bedarf aber zusätzlich noch der privatrechtlichen Konkretisierung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe.[112]

Inhaber des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts sind alle Personen, die unmittelbar oder mittelbar von Auswirkungen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen betroffen u. von Kampfunbeteiligten in Anspruch genommen werden (können). Damit kann dem weiten personellen Geltungsbereich der Vorrangtheorie Rechnung getragen werden. Außerdem ist das Problem der Beschränkung des Rechts auf kampfweise Betätigung auf AG u. AN - soweit die verfassungsrechtliche Dimension dieses

---

109 Zum Ausgangspunkt für diese Überlegung oben 4. Teil, S. 516 f.

110 Zu Begriff u. Inhalt des Suspendierungsgedankens oben 4. Teil, S. 518 ff.

111 Zur Begründung für die Möglichkeit der Integration des Suspendierungsgedankens in das System der Leistungsstörungen des Schuldrechts oben 4. Teil, S. 523 ff.

112 Zur Ableitung dieses Rechts im einzelnen oben 4. Teil, S. 532 ff.

Rechts betroffen ist - lösbar.[113]

Das Recht zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts wird als Gestaltungsrecht durch einseitige empfangsbedürftige WE der Rechtsinhaber ausgeübt, unabh. davon, ob die arbeitskampfbedingte Nichterfüllung schuldrechtlicher Pflichten ihre Ursache in Streiks u./oder Aussperrungen hat. Das Wiederaufleben der suspendierten Pflichten wird aufgrund einer rechtlich als geschäftsähnliche Handlung zu qualifizierenden Anzeige durch den Schuldner gegenüber seinem Vertragspartner realisiert. Die Pflicht des Schuldners zur Abgabe dieser Erklärungen gegenüber dem Gläubiger findet ihre Grundlage in dem zwischen beiden bestehenden Schuldverhältnis, dessen Bestand durch die Suspendierung lediglich einzelner Pflichten nicht berührt wird.[114]

Die grundsätzlich anzuerkennende Suspendierung bei Auswirkungen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen zugunsten der Schuldner schuldrechtlicher Pflichten bedarf nur in Einzelfällen aus Billigkeitsgründen einer Korrektur zugunsten der Gläubiger, deren Rechtsposition durch die Wertungen der Vorrangtheorie verschlechtert wird, weil zu ihren Gunsten keine privatrechtlichen Ansprüche gegeben sind.

Diese Korrektur kann durch entsprechende Anwendung schuldrechtlicher Vorschriften erfolgen, die den kampfunbeteiligten Gläubigern ein Recht zur einseitigen Auflösung der jeweiligen Schuldverhältnisse geben u. damit ein Wiederaufleben der suspendierten Pflichten zuverlässig verhindern.[115]

Die Suspendierung schuldrechtlicher Pflichten für die Dauer rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen macht ein Zurückgreifen auf Arbeitskampfklauseln im Rahmen von AGB entbehrlich. Solche Klauseln sind zwar in den Fällen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen grundsätzlich als zuläs-

---

113 Zur Begründung für den personellen Geltungsbereich des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts oben 4. Teil, S. 548 ff.

114 Zur Rechtsnatur des Rechts zur Berufung auf den Vorrang des Arbeitskampfrechts oben 4. Teil, S. 550 ff.

115 Zu diesen Korrekturmöglichkeiten wegen der Konsequenzen des Suspendierungsgedankens oben 4. Teil, S. 556 f.

sig anzusehen; sie halten insbes. bei Beachtung der Wertungen der Vorrangtheorie einer Inhaltskontrolle durch §§ 9-11 AGBG stand. Sie führen aber zu keinem anderen Ergebnis als die Heranziehung des Suspendierungsgedankens; ihnen kommt daher nur deklaratorische Bedeutung zu.[116]

Zur Klarstellung ist abschließend darauf hinzuweisen, daß bei der rechtlichen Behandlung von Auswirkungen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen[117] die Vorrangtheorie unanwendbar ist. Die Rechtsfolgen bestimmen sich daher in diesen Fällen allein nach Schuldrecht. Das schuldrechtliche Haftungssystem erfährt keine Modifikationen durch arbeitskampfrechtliche Wertungen.

Den von den Folgen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen betroffenen kampfunbeteiligten Personen stehen daher im Verhältnis zu ihren jeweiligen Vertragspartnern, die ihre geschuldeten Leistungen aus arbeitskampfbedingten Gründen nicht ordnungsgemäß erbringen können, vertragliche Primär- u. Sekundärleistungsansprüche zu. Die Begründetheit dieser Ansprüche entscheidet sich allein danach, ob im konkreten Einzelfall alle Vor. der anspruchsbegründenden Normen des Schuldrechts erfüllt sind. Das dabei i.d.R. notwendige Vertretenmüssen des Schuldners als Anspruchsgegner bestimmt sich bei Aussperrungen primär nach § 276 BGB, bei Streiks insbes. nach § 278 BGB, weil bei rechtswidrigen Streiks die Erfüllungsgehilfeneigenschaft streikender AN nicht aus arbeitskampfrechtlichen Gründen wegfallen kann.

Handelt es sich bei den kampfunbeteiligten Personen um mittelbar Kampfbetroffene erster Stufe, so können ihnen de lege ferenda auch Ansprüche wegen Verletzung des Rechts am Unternehmen zustehen; der Kreis der potentiellen Anspruchsgegner ist in solchen Fällen zugunsten

---

116 Zur rechtlichen Problematik von Arbeitskampfklauseln die Hinweise oben 4. Teil, S. 532 ff.; zur deklaratorischen Bedeutung dieser Klauseln oben 4. Teil, S. 559.

117 Auf die rechtliche Behandlung der Auswirkungen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber kampfunbeteiligten Personen ist an mehreren Stellen in dieser Untersuchung beiläufig u. ohne Betonung der systematischen Zusammenhänge hingewiesen worden. Um die bestehenden Zusammenhänge zu veranschaulichen, werden die diversen Teilergebnisse hier nochmals geordnet zusammengestellt.

Kampfunbeteiligter erheblich weiter gefaßt als bei vertraglichen Ansprüchen.

Die grundsätzlich zu bejahende Haftung gegenüber kampfunbeteiligten Personen führt bei den Folgen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen nicht generell zu einer Schlechterstellung der potentiellen Anspruchsgegner. Diese können ihre arbeitskampfbedingten Schäden wiederum bei ihrem Kampfgegner liquidieren, da dieser bei rechtswidrigen Arbeitskampfmaßnahmen ebenfalls nach schuldrechtlichen Grundsätzen einzustehen hat.

Die Haftung für die Folgen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen kann trotz Vorliegen aller anspruchsbegründenden Vor. im Einzelfall nur aus dem Gesichtspunkt eines möglichen Mitverschuldens kampfunbeteiligter Personen gem. § 254 Abs. 1 BGB gemindert werden. Demgegenüber greifen haftungsbefreiende Umstände wie etwa höhere Gewalt u. die Grundsätze der Geschäftsgrundlagenlehre zugunsten der potentiellen Anspruchsgegner nicht ein.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit von Arbeitskampfklauseln in den Fällen rechtswidriger Arbeitskampfmaßnahmen ist darauf hinzuweisen, daß solche Klauseln im Widerspruch zu der hier bestehenden schuldrechtlichen Haftungssituation stehen u. das Risiko arbeitskampfbedingter Folgen auf kampfunbeteiligte Personen überwälzen würden. Diese Konsequenz muß insbes. in bezug auf die Wertungen des AGBG Bedenken begegnen; eine Zulässigkeit derartiger Klauseln wird daher tendenziell abzulehnen sein.

Insgesamt kann festgestellt werden, daß die hier entwickelte verfassungsrechtlich begründete Lösung des Verhältnisses von Arbeitskampfrecht u. Schuldrecht auch die Konstruktion eines Systems der privatrechtlichen Haftung ermöglicht, das zu interessengerechten u. vorhersehbaren Lösungen unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Arbeitskampfes innerhalb der Gesamtrechtsordnung führt. Dieses System entspricht den Anforderungen, die unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu stellen sind, da eine Durchbrechung der entwickelten Grundsätze nur in zahlenmäßig wohl zu vernachlässigenden Ausnahmefällen notwendig werden wird. Das verfassungsrechtliche Fundament dieses

Systems macht ferner deutlich, daß der Einfluß des Arbeitskampfrechts auf die Wertungen anderer Teilrechtsordnungen ebenfalls evtl. durch Heranziehung verfassungsrechtlicher Grundlagen u. darauf aufbauenden Überlegungen angemessenen Lösungen zugeführt werden kann. Die wegen der zahlreichen Versäumnisse des eigentlich zuständigen staatlichen Gesetzgebers dazu aufgerufene Gerichtsbarkeit sollte ihre nach wie vor erkennbare Zurückhaltung in bezug auf die Nutzbarmachung verfassungsrechtlicher Überlegungen daher zumindest reduzieren.

L E B E N S L A U F

Am 14. Dezember 1953 wurde ich als Sohn des Schreiners Heinz Adam und seiner Ehefrau Ingrid Adam, geborene Merrettig, in Nürnberg geboren.

Von 1960 bis 1964 besuchte ich die Volksschule in Nürnberg. 1964 trat ich in das Dürer-Gymnasium in Nürnberg ein, wo ich am 8. Juni 1973 das Abitur ablegte.

Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich vom Wintersemester 1975/76 bis zum Sommersemester 1979 Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität. Am 20. November 1979 legte ich dort die Diplomprüfung für Sozialwirte wirtschaftswissenschaftlicher Richtung ab.

Vom 7. November 1979 bis 31. Dezember 1983 war ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Privat- und Wirtschaftsrecht (Professor Dr. iur. Helm) der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät angestellt.

Vom Sommersemester 1980 bis zum Sommersemester 1982 studierte ich an der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Rechtswissenschaften. Am 10. Dezember 1982 legte ich dort die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Seit 16. März 1984 bin ich als Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Nürnberg tätig.

Druck: Höfer & Limmert